Die erhaltende Umdeutung gemäß § 140 BGB in der neueren Rechtsprechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Schönwetter

Gerichtsreferendar aus Traben-Trarbach.

Marburg 1934

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 23. Mai 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

Dem Andenken meines Vaters!

Meiner Mutter in Dankbarkeit!

Inhalts-Verzeichnis

Literatur-Verzeichnis

I. Kommentare und Lehrbücher.

Basch, Julius, Wechselordnung mit dem Scheckgesetz, Berlin 1931.
Biermann, Bürgerliches Recht, 1. Band 1908.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, II 1, 2. 8. Auflage. 1927/1928.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1. Band, 3. Aufl. 1906, 2. Band, 4. Aufl. 1909.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1932.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8.—13. Bearbeitung 1929—1932.
Jung, Erich, Bürgerliches Recht, 1931.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932.
Klausing, Friedrich, Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1931.
Leonhard, Franz, Das Schuldrecht des BGB 1929/31.
— Erbrecht, 1912.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1926, 3. Aufl. 1932.
Leonhard, Rud., Der allgemeine Teil des BGB, 1900.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1922.
Michaelis, Richard, Kommentar zum Scheckgesetz, 1927.
— Wechselrecht, 1932.
Neumann, Handausgabe zum BGB, 6. Aufl. 1912.
Oertmann, Paul, Kommentar zum BGB, 3.—5. Aufl. 1927—1929.
Opet, Otto, Familienrecht, Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1913—1930.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, 6. Aufl. 1928/1929.
Rosenthal, Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 1931.
Simeon-David, Recht und Rechtsgang, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 14./15. Aufl. 1928/1929.
Soergel, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1929.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl. 1926.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 12. Aufl. 1929.
Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 1925—1930.
Schmidt, A. G., Familienrecht, Kommentar zum BGB, 1907.
Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht 1927.
v. Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910, 2. Bd. 1914/1918.
Warneyer, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 1930.

II. Einzelabhandlungen.

Behnes, Die Umdeutung der Goldmünzklausel in Goldwertklauseln. Dissert. Göttingen 1929.
Bernstein, Anspüche aus formungültigen Wechseln in JW 1926/494 ff., JW 1927/1347.
— Unvollkommene Unterschriften auf Wechseln in Gruch. Beitr. 69/39.
Bichmann, Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament. Dissertation Marburg 1925.
Blomeyer, Zu § 311 und § 419 BGB: Treten die Rechtsfolgen des § 419 BGB auch bei mangelhafter Form des auf die Vermögensübertragung gerichteten Vertrages ein? Dissert. Jena 1914.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911.

Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im deutschen Reich. Jena 1899.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, 1903.
Finger, Die Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte. Berlin 1932.
Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte. 1913.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts Bd. 1. 1887.
Fumian, Nachträgliche Ergänzung von Grundbucheinträgen, in der Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern 1930/124.
Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. 1912.
Küntzel, Das Anwendungsgebiet des § 140 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Konversion angefochtener Rechtsgeschäfte. Dissert. Göttingen 1929.
Lang, Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte (§ 139 BGB). 1926.
Leonhard, Franz, Erfüllungsort und Schuldort, 1907.
— Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 120/38.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Band 1, 1902.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
— in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 8 S. 529 ff., 1914/15.
Michaelis, Besprechung von Fischers Konversion in Gruch. Beitr. Bd. 59/566 ff.
Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. 1, 1888.
Natter, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte (§ 139 BGB). Dissert. Tübingen 1907.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte. 1914.
— Die Rechtsbedingung. 1924.
Philipp, Zur Umdeutung ungültiger Wechselverpflichtungen, in JW 1927/2973 f.
Riezler, Rechtswirkung der bigamischen Ehe, in Iherings Jahrb. Bd. 66/466 ff.
— Die Anfechtbarkeit schwebend nichtiger Willenserklärungen in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 70/189.
Rogge, Die Konversion fehlerhafter Verwaltungsakte. Diss. Greifswald 1928.
Rutenbeck, Der Gegensatz der sog. Konversion zur Bestätigung nicht gültiger Geschäfte nach gemeinem Recht und BGB. Dissert. Erlangen 1907.
Schulz, Der Irrtum im Beweggrund bei testamentarischen Verfügungen, in der Gedächtnisschrift für Seckel, Berlin 1927.
Voß, Die Konversion des Rechtsgeschäfts. Dissert. Rostock 1905.

III. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Juristische Wochenschrift = JW
Juristische Rundschau = JR mit
Höchstrichterliche Rechtsprechung = HRR
Deutsche Juristen-Zeitung = DJZ
Archiv für zivilistische Praxis = Arch.f.z.Pr.
Iherings Jahrbücher des bürgerlichen Rechts = Iher.Jb.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = GruchBeitr.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht = LZ.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung = Seuff.Bl.f.RA.
Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker = Recht.
Deutsche Richterzeitung = DRZ.
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen = Jur.Ztschr.f.Els.-Loth.
Schleswig-Holsteinische Anzeigen = Schlesw.Holst.Anz.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins = DNotVZ.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern = Bay.Ztg.
Entscheidungen des RG in Zivilsachen = RGZ.
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts = RAG.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts = OLG.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte = Seuff.Arch.
Jahrbuch des deutschen Rechts, begr. von Hugo Neumann = Neumann Jahrb.
Jahrbuch des Zivilrechts, herausgegeben von Th. Soergel = Soergel

„Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

§ 1. Die Bezeichnung des in § 140 BGB normierten Rechtsinstitutes.

Bei der Frage nach der Anwendungsmöglichkeit der Vorschrift des § 140 BGB erscheint es zweckmäßig, zunächst der Bezeichnung des dort zur Rechtsnorm erhobenen Rechtsinstitutes der erhaltenden Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen einige Worte zu widmen.

Das im BGB zuerst kodifizierte Rechtsinstitut wurde im gemeinen Recht durchweg als Konversion bezeichnet [1]).

Es besteht nunmehr aber kein Anlaß mehr, an dieser gemeinrechtlichen Bezeichnung festzuhalten, dies umsoweniger, als dieser Ausdruck keineswegs eindeutig ist [2]). Wenn man auch hie und da in Schrifttum und Rechtsprechung dieser Bezeichnung noch begegnet, so empfiehlt es sich doch, eine dem deutschen Sprachschatz entnommene Bezeichnung zu benutzen. Eingebürgert hat sich der Ausdruck „Umdeutung" [3]). Daneben erscheinen noch die Ausdrücke „Umwandlung" [4]) und „Umgestaltung" [5]). Die Bezeichnung Umdeutung findet aber nun gerade in der Rechtsprechung und zwar hauptsächlich in der neueren [6]) ziemlich allgemein Anwendung. Ein Teil des Schrifttums glaubt allerdings, diese Bezeichnung für das Anwendungsgebiet des § 140 BGB ablehnen zu müssen und vertritt die Auffassung, daß man den Ausdruck Umdeutung auf das Gebiet der reinen Auslegung beschränken müsse, d. h. auf diejenigen Fälle, in welchen eine unklare Erklärung mit dem wahren Willen der Parteien nur dadurch in Einklang gebracht werden könne, daß man sie gegen den Wortlaut auslegt [6]).

Dieser Auffassung vermag ich mich jedoch nicht anzuschließen. Der Ausdruck Umdeutung ist gerade für das Anwendungsgebiet des § 140 BGB gerechtfertigt. Für die Beibehaltung dieser Bezeichnung spricht die Tatsache, daß sich der Ausdruck in der Rechtsprechung und in einem großen Teile des Schrifttums eingebürgert hat. Es erscheint daher unzweckmäßig, an Stelle dieses in seiner Bedeutung und als Anwendungsfall des

---

1) Über die geschichtliche Entwicklung der Konversion einschl. der Entstehungsgeschichte des § 140 BGB ausführlich Küntzel S. 3 ff.

2) Bichmann S. 30/31, Finger S. 7.

3) v. Tuhr II 1 § 51 II 1, 2, 3. Leonhard, Allgem. Teil § 140, Erbrecht § 2101 Anm. II, Lehrbuch S. 38, Neumann § 140, Cosack-Mitteis I § 76 II 1 b, Staudinger § 140 Anm. 2.

4) Fischer S. 12, Fischer-Henle § 140, Oertmann § 140.

5) RGRKomm. § 140 Anm. 1, Finger S. 7.

6) RGZ 104/122, JW 1929/70, OLG 45/182, Seuff.Arch. 80 Nr. 22; 80 Nr. 110, Warneyer 1931 Nr. 151, LZ 1929/575, 606.

§ 140 BGB allgemein bekannten Ausdruckes immer wieder neue, sich teilweise auch widersprechende und nicht immer eindeutige Bezeichnungen zu setzen.

Es mag richtig sein, daß man auch auf dem Gebiete der Auslegung, das von dem hier zu besprechenden aber scharf zu trennen ist, von einer Umdeutung sprechen kann und zwar im Sinne der Auslegung gegen den Wortlaut [7]); das hindert aber keineswegs auch die Anwendung dieser Bezeichnung auch für das Gebiet des § 140 BGB. Es gibt eine auslegende Umdeutung [8]), die man zweckmäßigerweise als Auslegung im weiteren Sinne, nämlich als solche gegen den Wortlaut bezeichnet und eine erhaltende Umdeutung, nämlich das Anwendungsgebiet des § 140 BGB.

Um jeden Zweifel auszuschließen und um es auch sprachlich deutlich zu machen, daß es sich hier nicht um einen Fall der Auslegung handelt, empfiehlt es sich, hier von „erhaltender Umdeutung" zu sprechen.

§ 2. Fälle, welche keine Umdeutung im Sinne des § 140 BGB darstellen.

Wenn im folgenden von der Anwendungsmöglichkeit des § 140 BGB gesprochen werden soll, so sind zunächst diejenigen Tatbestände abzugrenzen, die nicht in das Gebiet der Umdeutung fallen, ja von dieser scharf getrennt werden müssen. Es sind dies im einzelnen:

1. Die Falschbezeichnung eines Rechtsgeschäftes, die als solche keine Nichtigkeit des Geschäftes herbeiführt. Eine Ausnahme machen nur der Wechsel und der Scheck, die ausdrücklich als solcher benannt sein müssen.

2. Auch der Fall des verdeckten Geschäftes (§117 II BGB) hat auszuscheiden; denn das dissimulierte Geschäft ist selbst gewollt, jedoch tritt es nicht offen in Erscheinung. Im Falle der Anwendung des § 140 BGB richtet sich aber der Wille zunächst auf das weitergehende Geschäft; nur durch die Umdeutung kann er auf das minder weitgehende bezogen werden [1]). Jedoch ist andererseits den §§ 140 und 117 II BGB das eigentümlich, daß in beiden Fällen ein „ganz anderer Erklärungsinhalt rechtlich aufrechterhalten wird, als er in den gewählten Ausdrücken niedergelegt ist" [2]). Wohl aber kann das verdeckte Geschäft, falls es ebenfalls nichtig ist, umgedeutet werden [3]).

3. Umdeutung i. S. des § 140 BGB ist auch nicht die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes nach § 141 BGB; dieses Rechtsinstitut stellt vielmehr die Neuvornahme eines fehlerhaften Rechtsgeschäftes durch denjenigen dar, der es zuerst vorgenommen hat, wobei ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem fehlerhaften und dem neuvorgenommenen Rechtsgeschäft nicht besteht. Dadurch unterscheidet sich zwar die Bestätigung von der

4. Heilung, die zwar ebenfalls nicht Umdeutung i. S. des § 140 BGB ist, bei welcher aber auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ent-

7) Bichmann S. 9, Finger S. 8.
8) so Fischer-Henle § 140 Anm. 1.
1) Oertmann § 140 Anm. 1.
2) Jung S. 612.
3) Fischer S. 13, Manigk, Archiv S. 529 ff.

gegen dem Grundsatze, daß nichtige Rechtsgeschäfte nicht geheilt werden können, ein nichtiges Rechtsgeschäft wirksam wird und bei welcher insoweit das nichtige und das geheilte Rechtsgeschäft rechtlich dasselbe ist.

5. Von § 140 BGB zu trennen ist auch der Fall des § 139 BGB, weil hier nur eine teilweise Nichtigkeit eintritt und das Rechtsgeschäft im übrigen bei Bestand bleibt [4]). Ein Anwendungsfall des § 139 BGB ist auch die Sonderregelung des § 155 BGB.

6. Auszunehmen ist auch die lediglich auf Vertrag beruhende novierend wirkende Anerkennung [5]).

Ebenso ist für die Anwendung des § 140 BGB kein Raum, wenn die Geltung eines anderen als des abgeschlossenen Geschäftes von den Parteien für den Fall der Nichtigkeit des Erstgeschäftes vereinbart ist, wenn also die Parteien sich bewußt sind, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft nichtig sein wird oder sie wenigstens an diese Möglichkeit denken und dabei die Möglichkeit der Umdeutung ins Auge fassen [6]). In einem solchen Falle muß im Wege der Auslegung geholfen werden, weil hier ein klarer Wille für den Fall des Mißlingens des beabsichtigten Rechtsgeschäftes aus diesem selbst zu entnehmen ist [7]). In einem solchen Falle entspringt die Geltung des Zweitgeschäfts ausschließlich und unmittelbar dem Willen der Parteien, während für die Geltung des Zweitgeschäfts auf Grund des § 140 BGB das Entstehen ex lege wesentlich ist.

8. Schließlich sind nicht Anwendungsfälle des § 140 BGB alle diejenigen Sonderbestimmungen, welche eine Umdeutung zulassen oder anordnen, die freilich in ihren Wirkungen der des § 140 BGB nicht immer gleich oder ähnlich ist. (z. B. §§ 566, 2101 BGB, Art. 205 EGBGB, § 682 HGB). Sehr oft gehen diese Bestimmungen über die Wirkung des § 140 BGB hinaus.

9. Schließlich muß der Vollständigkeit wegen noch darauf hingewiesen werden, daß die erhaltende Umdeutung nicht Auslegung im Sinne des § 133 BGB ist. Das nehmen zwar auch einige Schriftsteller [8]) an, aber zu Unrecht.

Von Auslegung im eigentlichen Sinne kann man immer nur dann sprechen, wenn der kundgemachte Parteiwille, also die Willenserklärung, dem Wortsinne nach unklar geblieben ist und es sich darum handelt, festzustellen, welchen Sinn eine tatsächlich vorhandene Willensäußerung haben soll. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, daß eine Willenserklärung auch gegen ihren Wortlaut ausgelegt werden muß, falls sie nur auf diese Weise dem wahren Willen der Parteien entsprechend gestaltet werden kann [9]). Zweck und Ziel der Auslegung ist demnach Aufklärung eines mißverständlichen

---

4) § 140 und § 139 BGB haben lediglich den Grundgedanken gemeinsam, daß ein einmal vorgenommenes Rechtsgeschäft nach Möglichkeit Wirksamkeit entfalten soll, solange dies mit den Parteizwecken und dem Gesetz vereinbar ist.

5) Finger S. 15.

6) A. A. Jung S. 612.

7) so auch Fischer-Henle § 140 Anm. 1.

8) Oertmann § 140 Anm. 1, derselbe in Rechtsordnung S. 176 ff., 264, Philipp, JW 1927/2973, RGRKomm. § 2101 Anm. 1.

9) So z. B. Finger S. 9; er spricht hier von Umdeutung. S. auch § 1.

Wortlautes [10]) und Feststellung eines realen erklärten, aber nicht eindeutigen und klaren Willens, Ziel der Umdeutung hingegen ist die Erforschung irrealen, nichterklärten Parteiwillens. Insoweit hat die Umdeutung eine gewisse Ähnlichkeit mit der sogen. ergänzenden Auslegung (Ergänzung), die dann vorliegt, wenn die Auslegung über die Feststellung des Erklärungsinhaltes hinausgeht und der Wortlaut verbessert oder erweitert wird. Auch diese Verbesserung oder Erweiterung kann aber nur in der Richtung des erkennbar Gewollten stattfinden und zwar insoweit, wie die Parteien diesen Punkt geregelt haben würden, wenn sie die Lücke ihrer Vereinbarung berücksichtigt hätten [11]). Der Richter hat deshalb auch hier zu prüfen, wie die Parteien diesen Punkt vernünftigerweise geregelt haben würden, wenn sie an ihn gedacht hätten. Das ist aber nur auf dem Wege der Erforschung eines irrealen Willens möglich. Insofern bringt die ergänzende Auslegung einen nur irrealen Willen zur Geltung [12]).

Ist somit die Umdeutung der Auslegung und Ergänzung gegenüber etwas grundsätzlich Selbständiges, so kann doch insofern eine Beziehung zwischen Auslegung oder Ergänzung einerseits und der Umdeutung andererseits bestehen, als diese dann stattfinden muß, wenn die Auslegung zu der Feststellung geführt hat, daß ein vollwirksames Rechtsgeschäft nicht zur Entstehung gelangt ist. Da diese Feststellung immer nur auf dem Wege der Auslegung getroffen werden kann, so muß diese der Umdeutung regelmäßig vorausgehen.

I. Das nichtige Rechtsgeschäft.

§ 3. Das Rechtsgeschäft im allgemeinen.

A) Der Begriff des Rechtsgeschäfts.

§ 140 BGB spricht von nichtigen Rechtsgeschäften. Es ist daher notwendig, zunächst klarzustellen, was das BGB im allgemeinen (§ 3) und in § 140 BGB im besonderen (§ 4) unter einem Rechtsgeschäft versteht.

Man kann die rechtmäßigen Handlungen im Rahmen der juristischen Tatsachen überhaupt in zwei große Gruppen einteilen, nämlich in Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen und Willensgeschäfte) und in Rechtshandlungen. Die gegenseitige Abgrenzung dieser beiden Gruppen ist für die geltende Rechtsordnung überhaupt, insbesondere aber auch für die hier näher zu behandelnde Umdeutung des § 140 BGB, von erheblicher Bedeutung.

Wenn das BGB von einem Rechtsgeschäft spricht, so versteht es darunter immer einen aus einer Mehrheit rechtlicher Tatsachen sich zusammensetzenden Gesamttatbestand, aus welchem die beabsichtigte Rechtswirkung entspringt. Das Rechtsgeschäft kennzeichnet sich demnach zunächst

10) Fischer-Henle § 157 Anm. 2.
11) RGZ 92/417, 93/213.
12) Auch die ergänzende Auslegung darf niemals dazu führen, an Stelle des vereinbarten Inhaltes eine andere Vereinbarung zu setzen. Auch die Ergänzung muß sich immer im Rahmen des Gewollten bewegen.

einmal dadurch, daß diese rechtserheblichen Tatsachen, aus welchen es sich zusammensetzt, in „menschlichen Handlungen, in einem irgendwie erkennbaren menschlichen Willen“ bestehen [1]).

Jedenfalls ist für das Wesen eines jeden Rechtsgeschäftes kennzeichnend, daß ein Rechtserfolg nur dann und nur insoweit eintritt, als dieser Erfolg auch von den Beteiligten gewollt ist und die Rechtsordnung einen diesem Wollen entsprechenden Erfolg zuläßt. Gerade dieses letztgenannte Erfordernis wird häufig übersehen. Das Gesetz läßt den gewollten Rechtserfolg eintreten, weil er gewollt ist, aber auch nur soweit dem Eintritt dieses Erfolges keine dem Gesetze selbst entspringenden Bedenken entgegenstehen.

Zu diesem Gesamttatbestand, der sich als Rechtsgeschäft darstellt, gehören wenigstens eine, meistens aber mehrere Willenserklärungen [2]). Zwar werden die Bezeichnungen Rechtsgeschäft und Willenserklärung häufig als gleichbedeutend nebeneinander gebraucht [3]). Jedoch sind diese beiden Begriffe keineswegs gleichbedeutend, wenn es auch schon Fälle gibt, in denen das Rechtsgeschäft nur eine einzige Willenserklärung erfordert, „weil die Rechtsordnung kein weiteres Erfordernis setzt für den Eintritt der bezweckten rechtlichen Wirkung“ [4]). In diesen Fällen decken sich zwar Rechtsgeschäft und Willenserklärung, wie das z. B. bei der Kündigung oder bei dem Vertragsantrag und der Vertragsannahme bei einem nicht unter Formzwang stehenden reinen Konsensualvertrage der Fall ist.

Hier kann man sowohl von einem Rechtsgeschäft wie auch von einer Willenserklärung sprechen [5]). Doch ist andererseits nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft, da oft noch ein oder auch mehrere Erfordernisse zu der Willenserklärung hinzukommen müssen, wenn überhaupt die beabsichtigte Rechtswirkung eintreten soll, wie das z. B. beim Realvertrag der Fall ist. Den inneren Unterschied zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft wird man darin zu suchen haben, daß die Willenserklärung die oder wenigstens ein Teil der äußeren Erscheinung des Rechtsgeschäftes, zugleich allerdings auch ein notwendiges Stück seines Tatbestandes ist.

Wenn das Gesetz von Rechtsgeschäften spricht, so meint es ferner damit immer nur den rechtsgeschäftlichen Tatbestand [6]); es ist notwendig, zwischen diesem rechtsgeschäftlichen Tatbestand und der daraus entspringenden Rechtswirkung scharf zu scheiden. Diese Trennung ist insbesondere deshalb wichtig, weil die Rechtswirkung dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand gegenüber etwas völlig Selbstständiges darstellt. Man hat daher unter dem Begriffe Rechtsgeschäft grundsätzlich nur den rechtsgeschäftlichen Tatbestand zu verstehen [7]).

---

1) Jung S. 562.
2) Jung S. 563, Lang S. 9/10.
3) Neumann Vorbem. vor § 104.
4) Jung S. 563.
5) Enneccerus I § 136 I, Lang S. 10, a. A. Oertmann Vorbem. vor § 104.
6) Oertmann Vorbem. v. § 104.
7) Oertmann Vorbem. v. § 104, a. A. Endemann § 60 Anm. 10, Enneccerus I § 136 II.

B) Die Willenserklärung.

Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, ausführlich auf das Wesen der Willenserklärung einzugehen und die zahlreichen Streitfragen im einzelnen zu erörtern.

1. Die ein notwendiges Tatbestandsstück eines jeden Rechtsgeschäfts bildende Willenserklärung ist wie bereits oben ausgeführt dazu bestimmt, den rechtsgeschäftlichen Inhalt zu äußern und kundzutun. Das ist der eigentliche Zweck jeder Willenserklärung. Es ist daher richtig, wenn man die Willenserklärung im eigentlichen Sinne als „Willensäußerung mit Kundmachungszweck" bezeichnet [1]). Andererseits gibt es aber auch Willensäußerungen ohne ausgesprochenen Kundmachungszweck, die vielmehr auf die unmittelbare Verwirklichung des Willens gerichtet sind, wie das z. B. bei dem Erwerb von Erzeugnissen (§ 953), der Aneignung und Dereliktion (§§ 958/959), der Annahme der Erbschaft (§ 1942) u. a. der Fall ist. In allen diesen Fällen ist die Willensäußerung nicht so sehr Erklärungsmittel als vielmehr Anzeichen (Indiz) des Willens [2]), wobei es jedoch dem Äußernden unbenommen ist, seiner Willensäußerung eine andere Deutung als sie dieser Äußerung gewöhnlich zukommt, zu geben, während bei der Willenserklärung im eigentlichen Sinne allein der objektive Sinn der Erklärung maßgebend ist. Das Schrifttum [3]) spricht in diesen Fällen von Willensbetätigungen oder Willensgeschäften. Die Vorschriften über die Willenserklärungen sind auch auf diese Willensgeschäfte anzuwenden, da das BGB einen Unterschied zwischen Willenserklärungen und Willensbetätigungen nicht macht [4]). Jedoch können sich aus der tatsächlichen Beschaffenheit des Willensvorganges Abweichungen ergeben.

2. Jedoch muß in diesem Zusammenhange mit wenigen Worten auf das Wesen der Willenserklärung eingegangen werden.

Die Willenserklärung im eigentlichen oder engeren Sinne [5]) setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen, nämlich dem äußeren, d. i. die Erklärung und dem inneren, d. i. der Willen. Dabei wird es regelmäßig dem Erklärenden auf den inneren Willen ankommen [6]).

Der äußere Tatbestand, nämlich das nach außen erkennbare Verhalten muß einen unzweideutigen Schluß auf einen bestimmten oder wenigstens bestimmbaren Geschäftswillen zulassen [7]). Nur wenn ein solches Verhalten vorliegt, kann man überhaupt von einer Erklärung sprechen. Dieses äußere Verhalten und damit die Kundmachung des Willens kann sich in den verschiedensten erlaubten Formen äußern, soweit daraus nur ein bestimmter Wille erkennbar ist.

Für den inneren Tatbestand hingegen sind drei Tatsachen inhaltbestimmend; zunächst ist der Handlungswille erforderlich, der die Ursache des äußeren Verhaltens darstellt. Sodann ist inhaltbestimmend der Erklärungs- und

---

1) Lehmann S. 105.
2) Manigk, WE. u. WGesch. S. 425, Lehmann S. 106.
3) Im Anschluß an Manigk a.a.O.
4) Finger S. 28/29, Lehmann S. 106.
5) Im Gegensatz zur Willensbetätigung.
6) Jung S. 575.
7) Lehmann a.a.O.

Geschäftswillen. Der Handelnde muß sich bewußt sein, durch sein äußeres Verhalten eine rechtsgeschäftliche Mitteilung zu machen (Erklärungswillen); er muß ferner die Erreichung eines bestimmten Erfolges beabsichtigen (Geschäftswillen). Ob dieser Erfolg ein rein rechtlicher oder ein rein wirtschaftlicher sein muß, ist nicht unbestritten [8]).

Von einem reinen Rechtsfolgwillen kann man nur in den seltensten Fällen sprechen. Bei dem Abschlusse eines jeden Rechtsgeschäftes wollen die Beteiligten regelmäßig einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen. Erst wenn dieser Zweck feststeht, fragen die Beteiligten nach dem rechtlichen Mittel, daß diesen Erfolg herbeizuführen geeignet ist. Es gibt nun allerdings Fälle, in denen die Beteiligten zwar das rechtliche Mittel zur Erreichung eines bestimmten Erfolges kennen, so z. B. wenn die Beteiligten von einem Kaufvertrage sprechen; tatsächlich ist aber auch hier ihr Wille nicht in erster Linie auf das rechtliche Mittel als vielmehr auf den praktischen Erfolg gerichtet. Das entspricht auch den Erfahrungen des täglichen Lebens [9]). Die stärkste Stütze für die Ansicht, daß der erstrebte Erfolg wirtschaftlicher und praktischer Art ist, scheint mir gerade die Anwendung des § 140 BGB zu sein.

Der Erfolgswillen im weiteren Sinne hat in Wahrheit zwei Seiten; er richtet sich zunächst und in erster Linie auf den wirtschaftlichen Erfolg, erst in zweiter Linie auf das rechtliche Mittel zu seiner Herbeiführung [10]). Ich glaube daher, daß man deshalb gewöhnlich von einem reinen Rechtsfolgewillen ebensowenig wie von einem rein praktischen Erfolgswillen sprechen kann [11]).

C) Die Rechtshandlungen.

Während nach dem oben Ausgeführten jedem Rechtsgeschäft „der im äußeren Verhalten zur Vollendung gekommene Erfolgswille wesentlich ist [1]), und zwar im Sinne der Erreichung eines praktischen Erfolges, unterscheiden sich die sogen. Rechtshandlungen von den Rechtsgeschäften dadurch, daß bei jenen sich die Rechtswirkungen ex lege anschließen, ohne Rücksicht darauf, ob ein darauf hinzielender Erfolgswille vorhanden ist. Ist tatsächlich im Einzelfalle auch bei einer Rechtshandlung ein solcher Erfolgswille vorhanden, so wird dadurch diese noch nicht zum Rechtsgeschäft.

Eine eindeutige Kennzeichnung des Begriffes der Rechtshandlung ist bis heute noch nicht gelungen. Rein negativ kann man sie lediglich dahin kennzeichnen, daß Rechtshandlung diejenige rechtlich bedeutsame erlaubte

---

8) Für wirtschaftlichen Erfolg: Danz S. 7 ff., Cosack-Mitteis I § 71 I 1a, der sagt: es genügt, wenn der Urheber das, was in Wahrheit Rechtswirkung ist, als tatsächliche Wirkung wollte. Für rechtlichen Erfolg: Enneccerus I § 136 II A 1, Oertmann Vorbem. vor § 116 3c, RGRKomm. § 116 Vorbem. 1, § 139 Anm. 1 Abs. 6.

9) Bichmann S. 20.

10) so ähnlich auch Biermann § 57 S. 195.

11) so ähnlich auch Finger S. 29/30.

1) Manigk, WE. u. WG. S. 639, Klein S. 8. Das trifft auch auf die sogenannten Willensgeschäfte zu, die deshalb nicht Rechtshandlungen sind.

Handlung ist, die nicht Rechtsgeschäft ist. Manigk [2]) nennt es mit Recht „Negation des spezifischen Merkmals der Rechtsgeschäfte". Diese Definition ist aber auch nur insoweit richtig, als man die von Eltzbacher [3]) und Klein [4]) sogen. rein objektiven oder Naturtatsachen [5]) und die rein körperlichen Tatsachen [6]), die überhaupt nicht menschliche Handlungen, d. h. durch den Zweck (causa finalis) bestimmte Veränderungen, sondern Veränderungen durch eine wirkende Ursache (causa efficiens) darstellen, aus dem Begriffe der Rechtshandlungen ausnimmt. Das ist deshalb berechtigt, weil man unter Handlung nur ein menschliches Verhalten verstehen kann, es sich bei diesen Tatsachen aber wie bereits gesagt, nicht um Handlungen handelt.

Damit ist die Grenze zwischen den Rechtshandlungen und den eben genannten Tatsachen gezogen [7]).

Es sind also Rechtshandlungen alle nichtrechtsgeschäftlichen menschlichen Handlungen. Diese werden gewöhnlich wieder in vier verschiedene Gruppen eingeteilt [8]). Eine dieser Gruppen umfaßt die sogen. Mitteilungen (Vorstellungs- und Willensmitteilungen). Unter Willensmitteilungen sind solche Mitteilungen zu verstehen, denen die Kundgebung eines Willensinhaltes wesentlich ist wie z. B. die Aufforderungen (§§108 II, 264 II, 415 II, BGB), Fristsetzungen, Mahnungen (§§ 250, 283, 326 BGB), während unter den Vorstellungsmitteilungen solche Mitteilungen zu verstehen sind, denen die Kundgebung eines Urteils oder einer Überzeugung wesentlich ist. Das ist z. B. bei den Anzeigen oder Mitteilungen der §§ 171, 174, 409 BGB der Fall.

Es handelt sich bei diesen Mitteilungen um Fälle, welche den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in gewissen Beziehungen nahestehen; bezeichnet doch das RG [9]) selbst solche Rechtshandlungen geradezu als Rechtsgeschäfte. Das ist zwar nicht richtig, beweist aber den nahen Zusammenhang dieser Mitteilungen mit den Rechtsgeschäften.

---

2) WE. u. WG. S. 648.

3) S. 207 ff.

4) S. 10.

5) Von einer rein objektiven oder Naturtatsache spricht man dann, wenn eine rechtswirksame Tatsache sowohl durch menschliches Handeln als auch ohne Beteiligung eines Menschen verwirklicht werden kann. (Eltzbacher S. 207). Z. B. Verbindung, Vermischung §§ 947/948, Entfernung einer Sache von einem Grundstück, §§ 560, 561, 1121 u. a.

6) Bei den rein körperlichen Tatsachen hingegen treten die Rechtsfolgen lediglich im Hinblick auf das Vorliegen einer rein körperlichen Tatsache, d. h. im Hinblick auf äußere Zustände und Vorgänge beim Menschen ein; hier werden z. B. Rechtsfolgen geknüpft an das Geborenwerden, §§ 1, 187 II Satz 2, 1592, 1593 BGB, krank sein, §§ 104, 827 Satz 1 usw., Sterben, umkommen, §§ 18 I, 20, 153, 569 S. 1, 736 BGB, in Lebensgefahr geraten, §§ 17, 1316 II BGB, überleben, §§ 1348 I, 1502, 1507 BGB.

7) Jung S. 562.

8) In Anlehnung an Manigk, WE. u. WG. S. 651 ff. Eingehend über die Rechtshandlungen überhaupt Manigk a.a.O. und Klein a.a.O.

9) RGZ 67/9 (Mitteilung gem. § 25 Abs. II HGB), RGZ 67/414 (Mitteilung gem. § 416 Abs. I S. 1 BGB).

§ 4. Das Rechtsgeschäft im Rahmen des § 140 BGB.

A) Alle Rechtsgeschäfte in dem oben gekennzeichneten Sinne.

Auch bei der Anwendung des § 140 BGB im besonderen ist davon auszugehen, daß das BGB auch hier unter Rechtsgeschäft immer den rechtsgeschäftlichen Tatbestand, nicht die Rechtswirkung versteht.

Der Umdeutung ist im übrigen jedes Rechtsgeschäft in dem oben bezeichneten Sinne zugänglich. Insbesondere ist auch eine Umdeutung in solchen Fällen zulässig, in denen eine einzige Willenserklärung einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand darstellt. Das LG I Berlin [1]) hat eine Kündigungserklärung für umdeutungsfähig erklärt. Eine Firma hatte einen Kartellvertrag fristlos gekündigt. Die als fristlose Aufhebung des Vertragsverhältnisses nichtige Kündigungserklärung wurde als ordentliche Kündigungserklärung zu dem nächstzulässigen, hier allerdings erst zwei Jahre später liegenden satzungsmäßigen Kündigungstermin aufrechterhalten. Dieser Entscheidung kann man insoweit zustimmen, als hier die Umdeutung einer einzigen Willenserklärung dann grundsätzlich für zulässig erachtet wird, wenn sich diese Willenserklärung als Rechtsgeschäft darstellt.

B) Rechtshandlungen können nicht umgedeutet werden.

Damit ist auch das unmittelbare Anwendungsgebiet des § 140 BGB erschöpft. Denn § 140 BGB erklärt ausdrücklich nur Rechtsgeschäfte für umdeutungsfähig. Insbesondere ist eine unmittelbare Anwendung des § 140 BGB auf die Rechtshandlungen nicht möglich.

Dem steht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes entgegen; vielmehr widerspricht einer solchen Anwendung des § 140 BGB auch die rechtliche Gestaltung der Rechtshandlungen. Wie bereits oben ausgeführt treten die an die einzelnen Rechtshandlungen geknüpften Rechtsfolgen regelmäßig ein ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind oder nicht; ja sie treten auch dann ein, wenn dies dem Willen des Handelnden nicht entspricht. Der Eintritt dieser Rechtsfolgen wird lediglich durch gesetzespolitische Erwägungen bestimmt, die es zweckmäßig erscheinen lassen, an eine bestimmte Handlung eine bestimmte und durch Parteiabrede nicht abwandelbare Rechtsfolge zu knüpfen. Es ist deshalb verständlich, daß deren Wirkung nicht von dem Wollen der Beteiligten abhängig sein darf. Die Rechtshandlungen sind durchweg so zweckbestimmt und zweckverbunden, daß sich mit ihrem Wesen eine Umdeutung nicht vereinbaren läßt. Die Aufnahme der einzelnen Rechtshandlungen in das BGB ist bedingt durch die Erfordernisse und Verhältnisse des Lebens.

Diesen Verhältnissen sind die Rechtshandlungen in „ihrer Struktur nachgedacht und angepaßt“ [1]). Das haben sowohl Manigk [2]) als auch Klein [3]) überzeugend nachgewiesen.

Ist demnach eine unmittelbare Anwendung des § 140 BGB auf die

1) JW 1927/1531.
1) Klein S. 22.
2) WE. u. WG. S. 650.
3) a.a.O. S. 22.

Rechtshandlungen nicht möglich[4]), so wird man doch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die genannten Willens- und Vorstellungsmitteilungen für zulässig halten müssen[5]). Wenn z. B. ein ehrlicher Finder eine Sache an sich nimmt, die er für eine verlorene hält, die aber in Wirklichkeit derelinquiert ist, so wird man sein Finden und Ansichnehmen, das mit der Aussicht auf den etwaigen Erwerb der Sache gemäß § 973 BGB geschieht, als bedingtes Aneignenwollen und dann als sofortigen Erwerb der tatsächlich herrenlosen Sache durch Aneignung auffassen dürfen.

Die oben aus dem Gebiete der Rechtshandlungen überhaupt ausgeschiedenen Naturtatsachen und körperlichen Tatsachen, welche keine Handlungen sind, sind keinesfalls umdeutungsfähig; auch eine analage Anwendung der Vorschrift des § 140 BGB ist ausgeschlossen.

C) Obrigkeitliche Handlungen können nicht umgedeutet werden.

Nachdem der Begriff des Rechtsgeschäfts im Rahmen des § 140 BGB umrissen ist, bedarf noch eine Entscheidung des OLG Jena[1]) der Besprechung.

Der Beklagte hatte zusammen mit seiner Schwester, der Klägerin, ein Kleinhaus geerbt und sich mit dieser derart auseinandergesetzt, daß er das Haus für 8000 Mk. übernahm und seiner Schwester „für sich und seine Rechtsnachfolger ein Vorkaufsrecht an dem Hause zum Preise von 8000 Mk. einräumte". Das wurde auch in das Grundbuch eingetragen. Als der Beklagte das Haus später verkaufte, übte die Klägerin ihr Vorkaufsrecht aus und verlangte von dem Beklagten die Auflassung des Hauses.

Ein dingliches Vorkaufsrecht war wegen der Eintragung eines festen Preises wirksam nicht entstanden. Da nach den Feststellungen die Parteien sich lediglich schuldrechtlich hatten binden wollen, so hat das OLG Jena das nichtige Vorkaufsrecht in eine Auflassungsvormerkung umgedeutet; das Rechtsgeschäft sei insoweit wirksam und bewirke, daß der Klägerin gegenüber das Eigentum des M., des Erwerbers des Grundstücks, hinfällig sei.

Selbst wenn man sich die Feststellungen des erkennenden Gerichts zu eigen macht, daß die Parteien, falls sie die Nichtigkeit des dinglichen Vorkaufsrechts gekannt hätten, ein persönliches, durch eine Auflassungsvormerkung zu sicherndes Vorkaufsrecht mit einem festen Preis vereinbart hätten, so ist diese Entscheidung trotzdem deshalb nicht richtig, weil hier eine Eintragung in das Grundbuch, also ein obrigkeitlicher Akt, umgedeutet wird[2]).

---

4) Leonhard, Lehrb. S. 29; Jung S. 564 will die beim Rechtsgeschäft besonders ausgebildeten Rechtssätze als Anhaltspunkte verwenden.

5) Planck Vorbem. v. § 104 I 2a, Fischer-Henle Vorbem. v. § 104, Eltzbacher S. 183, Finger S. 23/24; während er jedoch eine „entsprechende" Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf die Willensmitteilungen für geboten hält, will er bei den Vorstellungsmitteilungen diese Vorschriften grundsätzlich angewandt wissen. Es wird sich aber eine solche Verschiedenheit der Behandlung dieser beiden Gruppen kaum rechtfertigen lassen.

1) JW 1929/3319.

2) A. A. RGZ 104/122 ff., das die Umdeutung eines eingetragenen — nichtigen — dinglichen Vorkaufsrechtes in ein durch eine Auflassungsvormerkung zu sicherndes persönliches Vorkaufsrecht für möglich hält.

Ganz abgesehen davon, daß eine solche Anwendung der Vorschrift des § 140 BGB in dem Gesetzeswortlaut keinerlei Stütze findet, da hier nur von Rechtsgeschäften gesprochen wird, eine Eintragung aber kein Rechtsgeschäft in dem oben erörterten Sinne ist, kann diese Entscheidung schon deshalb nicht gebilligt werden, weil dadurch der Wert grundbuchlicher Eintragungen gemindert wird. Die Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr und im Grundstücksrecht müßte erheblichen Schaden leiden, wollte man die Umdeutung grundbuchlicher Eintragungen, die formal gebunden sind, zulassen.

Dasselbe gilt auch für alle anderen der Staatsgewalt entfließenden Handlungen, soweit die formalen Bindungen unterliegen [3]). Daran kann auch die Tatsache, daß diese obrigkeitlichen Handlungen sehr oft privatrechtliche Folgen haben [4]), nichts ändern. Deshalb ist auch die Entscheidung des RG in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins 31/378, in welcher die in das Grundbuch eingetragene Abtretung einer zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek in die Bestellung einer Grundschuld unter dem Gesichtspunkt des § 140 BGB umgedeutet worden ist, nicht zu billigen.

Wenn in der Bay. Zeitg. 1930/124 versucht wird, den § 140 BGB zwecks nachträglicher Ergänzung und Berichtigung von Grundbucheinträgen heranzuziehen, so muß das, ganz abgesehen davon, daß es regelmäßig an dem irrealen Willen fehlen wird, schon daran scheitern, daß § 140 BGB eben nur von Rechtsgeschäften spricht [5]). Das übersieht der genannte Aufsatz.

§ 5. Das sachliche Anwendungsgebiet des § 140 BGB.

Die umdeutungsfähigen Rechtsgeschäfte und die oben genannten, den Rechtsgeschäften ähnlichen Willens- und Vorstellungsmitteilungen beschränken sich keineswegs auf das bürgerliche Recht und hier wieder etwa auf das Schuldrecht. Vielmehr sind alle Tatbestände, soweit sie überhaupt rechtsgeschäftlicher Art sind, der Umdeutung zugänglich. Insbesondere trifft das auch für die erbrechtlichen Geschäfte zu. Auch zu der Umdeutungsmöglichkeit familienrechtlicher Rechtsgeschäfte wird in dem Schrifttum [1]) Stellung genommen. So glaubt z. B. Riezler, im Falle der Nichtigkeit einer Ehe könne der Ehevertrag in einen rein schuldrechtlichen Vertrag umgedeutet werden; er bejaht diese Möglichkeit insbesondere deshalb, weil es sehr wohl dem irrealen Willen beider Parteien entsprechen könne, „auch unabhängig von dem Bestehen einer Ehe . . . eine allgemeine Güterge-

---

3) Fischer-Henle Vorbem. v. § 104, Neumann Vorbem. v. § 104, Finger S. 17, Stillschweig Anm. zu JW 1929/3319, RGRKomm. Anm. 1 v. § 116

4) Neumann a.a.O.

5) Der Verfasser (Fumian) lehnt dort schließlich die Anwendung des § 140 BGB mit Rücksicht auf das Fehlen des irrealen Willens und im Hinblick auf die Entscheidung RGZ 70/357, in welcher die Entstehung einer Eigentümergrundschuld dann verneint wird, wenn die Hypothekeneintragung nichtig ist, mit Recht ab. Denn die Eigentümergrundschuld hat ihren Entstehungsgrund immer in einer Hypothek.

1) Riezler in Iher.Jahrb. 66/465, Staudinger § 1323 Anm. 3.

meinschaft oder eine sonstige Form der vermögensrechtlichen Beziehungen zu vereinbaren".

Wenn teilweise die Ansicht vertreten wird, einer solchen vertraglichen Regelung stehe § 138 BGB entgegen, so kann ich mich dieser Auffassung allerdings nicht anschließen, da es den Vertragsparteien, auch wenn sie nicht Ehegatten wären, unbenommen sein muß, jede Form einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft zu vereinbaren, die der güterrechtlichen Regelung des Eherechts im einzelnen entspricht. Mir scheint der Hauptgrund gegen die Möglichkeit der Umdeutung solcher Rechtsgeschäfte vielmehr darin zu liegen, daß die Ehegatten nur und gerade mit Rücksicht auf die bestehende oder einzugehende Ehe einen solchen Vertrag abschließen und daß sie andernfalls nie einen solchen oder auch nur ähnlichen güterrechtlichen Vertrag geschlossen haben würden. Mit anderen Worten fehlt es hier immer an dem irrealen Willen der Parteien. Könnte ein dahingehender Wille allerdings festgestellt werden, so stände einer Umdeutung nichts im Wege.

Während die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§ 104 ff. BGB) auch im Handelsrecht Anwendung finden und deshalb einer unmittelbaren Anwendung des § 140 BGB auf handelsrechtliche, insbesondere aber auf mißlungene wechsel- und scheckrechtliche Erklärungen keine Bedenken entgegenstehen [2]), ist eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften und damit auch des § 140 BGB im öffentlichen Recht nicht möglich [3]). Jedoch ist allgemein anerkannt, daß der in § 140 BGB ausgesprochene Rechtsgedanke auch im öffentlichen Recht anwendbar ist [4]).

Beachtenswert sind diejenigen Fälle, in welchen die Umdeutung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte in solche, die dem öffentlichen Recht entspringen, zugelassen worden ist. So ist z. B. in DJZ 1909/321 folgender Fall entschieden:

Die Klägerin hatte sich der Beklagten, einer Stadtgemeinde, gegenüber schriftlich verpflichtet, einen zur Straßenerweiterung erforderlichen Streifen ihres Grundstücks unentgeltlich abzutreten.

Als Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücksstreifens bedurfte der Vertrag der Form des § 313 BGB, sodaß er infolge Nichtbeobachtung dieser Form nichtig war. Da es jedoch nach den Feststellungen des erkennenden Gerichts den Parteien entscheidend darauf angekommen war, daß der Landstreifen unentgeltlich zur Straßenerweiterung gegeben werden sollte, so wurde der nichtige Vertrag in eine Verpflichtung zur Bestellung einer öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit derart, daß der abzutretende Landstreifen als Straßenland zu dienen habe, umgedeutet. Diese Dienstbarkeit konnte — landesrechtlich — formfrei bestellt werden.

Auf die in der Rechtsprechung und im Schrifttum sehr umstrittene Frage, ob ein bürgerlichrechtlicher Dienstvertrag, in dessen Rahmen die Ausübung hoheitlicher Funktionen nicht möglich ist, in ein öffentlichrechtliches Beamtenverhältnis umgedeutet werden kann, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Während das RG die Umdeutung regel-

---

2) SeuffArch. 67/152, LZ 1911/841.
3) Darüber eingehend Rogge a.a.O.
4) HRR 1931 Nr. 858, Soergel 1931 zu § 140 Nr. 1.

mäßig bejaht hat [5]), verneint das Preuß. Oberverwaltungsgericht eine solche Umdeutung in ständiger Rechtsprechung [6]).

§ 6. Fälle welcher einer Umdeutung nicht zugänglich sind.

Nachdem der Begriff des Rechtsgeschäfts, der allein für die unmittelbare Anwendung des § 140 BGB maßgebend ist, klargelegt worden ist, erscheint es angebracht, bereits in diesem Zusammenhange einige Fälle auszuscheiden, welche der Umdeutung deshalb nicht zugänglich sind, weil sie teils nicht rechtsgeschäftlicher Art sind, teils aber auch ihre rechtsgeschäftlichen Wirkungen verloren haben.

Es sind dies:

1. Das sogen. Nichtrechtsgeschäft [1]).

2. Die bewußt nichtige Abrede. Auch diese stellt kein Rechtsgeschäft dar. Denn hier kommt dem Handeln der Parteien in bezug auf das nichtige Rechtsgeschäft überhaupt kein rechtsgeschäftlicher Charakter zu; wenn sich nämlich die Parteien der Nichtigkeit ihrer Abreden bewußt sind, haben sie gar nicht die Absicht, irgendeinen rechtlich erheblichen Erfolg hervorzubringen [2]). § 140 BGB setzt aber immer ein wenn auch mit einem Nichtigkeitsgrunde behaftetes Rechtsgeschäft voraus.

3. Nachträglicher Wirkungsfortfall.

War in den vorgenannten Fällen ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, so handelt es sich bei den Fällen nachträglichen Wirkungsfortfalles [3]) um solche Rechtsgeschäfte, die zwar wirksam waren, aber ihre Wirksamkeit verloren haben (§§ 2044 II, 2109, 2162, 2337 I BGB). Das Gesetz spricht in diesen Fällen regelmäßig davon, daß eine Verfügung unwirksam wird, d. h. daß eine vorhandene Wirksamkeit endet. Es handelt sich regelmäßig um solche Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangt ist und als solches bereits rechtliche Wirkungen gehabt oder hätten äußern können, dem aber für die Zukunft die Wirksamkeit versagt ist. Es liegt zwar noch ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand vor; dieser kann aber keine Wirkung mehr äußern.

In allen diesen Fällen ist die Umdeutung ausgeschlossen.

Auch die Verjährung stellt einen Fall nachträglichen Wirkungsfort-

---

5) RGZ 84/368, 106/19, 108/418, 112/128, 125/421, 132/61, 134/17, JW 1929/3381 mit Anm. von Loewe, DJZ 1931/1319.

6) OVG 42/69, 67/460, 69/217, JW 1930/2155.

Der Streit dürfte nunmehr durch § 1 Kap. VIII des 2. Teils der preuß. VO v. 12. 9. 1931 (GS. S. 179), die bestimmt, daß ein Beamtenverhältnis nur durch Aushändigung einer Urkunde begründet wird, in der die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis“ enthalten sind, zugunsten der Ansicht des OVG entschieden sein.

A. A. Küchenhoff DJZ 1931/1319 unter Berufung auf RGZ 125/420 ff.

1) Dieses wird des Zusammenhanges wegen in § 7 besprochen.

2) RGZ 68/322, Staudinger § 139 Anm. 5.

3) so zutreffend Finger S. 46.

falles dar, sodaß eine Umdeutung nicht möglich ist [4]. Für den Wechsel ist das allgemein anerkannt [5].

§ 7. Das fehlerhafte Rechtsgeschäft.

A) Das nichtige Rechtsgeschäft.

Man wird von dem Begriffe des fehlerhaften Rechtsgeschäfts überhaupt ausgehen müssen, wenn man zur richtigen Erkenntnis des nichtigen Geschäfts kommen will. Das BGB verwendet verschiedene Bezeichnungen für das fehlerhafte Rechtsgeschäft und spricht sowohl von Nichtigkeit, Anfechtbarkeit als auch von Unwirksamkeit; während zwar Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im allgemeinen deutlich auseinander gehalten werden [1], läßt das BGB keineswegs eindeutig erkennen, was es unter Unwirksamkeit versteht.

Nur nichtige Rechtsgeschäfte sind der Umdeutung zugänglich. Damit scheiden zunächst diejenigen Fälle aus,in welchen nicht ein nichtiges, sondern ein unvollkommenes Rechtsgeschäft vorliegt. Wir haben oben gesehen, daß zu jedem Rechtsgeschäft zunächst ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand gehört, zu dessen Wirksamwerden dann allerdings noch eine Reihe von Wirksamkeitserfordernissen hinzutreten müssen. Liegt ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand vor, kann das Rechtsgeschäft aber wegen Fehlens eines Wirksamkeitserfordernisses nicht wirksam werden, kann auch dieses Erfordernis nicht mehr nachgeholt werden, so liegt ein nichtiges [2], liegt noch nicht einmal ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand vor, sei es, daß er nicht in allen Stücken oder nicht mit den für den Geschäftstypus oder nach dem Parteiwillen wesentlichen Inhalt zustande gekommen ist, dann handelt es sich nicht mehr um ein fehlerhaftes, sondern immer um ein unvollkommenes Rechtsgeschäft (Nichtrechtsgeschäft) [3]. Ein solches kann nicht umgedeutet werden.

Kennzeichnend für ein nichtiges Rechtsgeschäft ist, daß es nicht geheilt werden kann und daß die Nichtigkeit von jedermann und ohne weitere Voraussetzung geltend gemacht werden kann [4]. Das nichtige Geschäft wird hinsichtlich der gewollten Wirkung so angesehen, wie wenn es gar nicht vorgenommen wäre. Das nichtige Geschäft kann grundsätzlich auf keine Weise wirksam werden, wenn auch das BGB z. B. in §§ 313 S. 2, 518 II, 766 S. 2 Ausnahmen von diesem Grundsatze insofern macht, als in diesen Fällen eine „Heilung" der Nichtigkeit für zulässig erklärt und an gewisse Tatbestände geknüpft wird [5]. In Wirklichkeit handelt es sich hier um Fälle der schwebenden Unwirksamkeit.

---

4) A. A. Planck I S. 373 3b.
5) ROHG 9/354, 18/188, 22/304, Küntzel S. 2, Fischer-Henle § 140 Anm. 2, Staub-Stranz Art. 83 Anm. 34.
1) Jung S. 615.
2) Lang S. 16.
3) Leonhard, Allgem. Teil § 94 III, Enneccerus I 1 § 189 Anm. 4, Oertmann Rbdg. S. 25, Allg. Teil Vorbem. v. § 139 1a, Lang S. 16.
4) Jung S. 615.
5) Oertmann Rbdg. S. 27/28, Lang S. 16.

Damit unterscheidet sich das nichtige von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft, d. h. von dem zunächst wirksamen Geschäft, das entweder endgültig wirksam bleiben oder endgültig unwirksam werden wird.

Umdeutungsfähig sind alle Fälle tatsächlicher Nichtigkeit, wobei es gleichgültig ist, ob die Nichtigkeit auf dem Fehlen einer rechtsbegründenden oder auf dem Vorliegen einer rechtshindernden Tatsache beruht.

Zu den fehlerhaften Geschäften gehören aber nicht nur die vom Gesetz sogenannten nichtigen, sondern auch die unwirksamen Geschäfte. Jedoch ist die Unwirksamkeit kein einheitlicher Begriff und bildet nicht durchweg einen Gegensatz zur Nichtigkeit [6]). Das Gesetz braucht vielmehr in einer ganzen Reihe von Fällen die Bezeichnung unwirksam, ohne daß es eine bestimmte Einordnung erkennen läßt. Jedoch wird man aus dem Sprachgebrauch des BGB häufig feststellen können, was unter „Unwirksamkeit" zu verstehen ist. Sagt das Gesetz z. B. „ein Geschäft wird unwirksam", so handelt es sich trotz der Bezeichnung unwirksam in Wahrheit um Fälle tatsächlicher Nichtigkeit. Denn dem Erfolge nach sind diese Geschäfte nichtig. (§§ 11, 174, 180, 344, 388, 410, 925 II, 1160, 1253 II, 1950 S. 2, 2101, 2171, 2180 II, 2202 II BGB). Hier muß also § 140 BGB als die für jedes tatsächlich nichtige Rechtsgeschäft geltende Rechtsnorm Anwendung finden [7]). Das Kriterium des im BGB grundsätzlich geltenden Begriffes der Nichtigkeit, nämlich die Notwendigkeit der Neuvornahme des nichtigen Geschäfts liegt bei den genannten Fällen vor [8]). Wenn das RG [9]) in einem anderen Zusammenhange für Fälle einer „Unwirksamkeit" die Anwendbarkeit des § 140 BGB mit der Begründung abgelehnt hat, „die Umdeutung beziehe sich nur auf nichtige Geschäfte, nach dem Sprachgebrauch des BGB gehörten aber zu den nichtigen nicht auch die unwirksamen Geschäfte", so kann ich dieser Auffassung nicht beipflichten. Denn diese Entscheidung übersieht, daß das BGB in der Anwendung des Begriffes „unwirksam" keineswegs folgerichtig ist.

Diese Einschränkung des Begriffes der Nichtigkeit ist auch nicht geeignet, der weiten Ausdehnung, die eine weitherzige Auslegung dem § 140 BGB geben könnte, eine Grenze zu ziehen; das muß daran scheitern, daß eine genaue Abgrenzung zwischen nichtigen und unwirksamen Geschäften dem BGB fehlt [10]).

B) Das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft.

Diese Fälle tatsächlicher Nichtigkeit — trotz der Bezeichnung unwirksam — stehen ihrerseits wieder im Gegensatz zu den schwebend unwirksamen Geschäften. Auch über die Umdeutungsmöglichkeit dieser Geschäfte herrscht keine Übereinstimmung.

---

6) Jung S. 615.
7) Enneccerus I § 189 Anm. 1, Fischer-Henle § 140 Anm. 1.
8) Oertmann § 140 Anm. 3; a. A. Fischer S. 20.
9) RGZ 79/306; ebenso Schlesw.Holst.Anz. 30/148; hier war ein Grundstück ohne die erforderliche — aber nachholbare — staatliche Genehmigung aufgelassen worden.
10) Jung S. 613/615; ähnlich Enneccerus I § 189 I 2, V Anm. 28.

Von Fällen schwebender Unwirksamkeit spricht man immer da, wo einem Rechtsgeschäft eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, deren Nachholung möglich ist. Insbesondere dürfte es sich bei den schon genannten Fällen, in welchen das Gesetz eine „Heilung" der Nichtigkeit zuläßt, nicht um nichtige, sondern um schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte handeln [1]. Das ist auch der Grund, weshalb § 140 BGB in diesen Fällen keine Anwendung finden kann, wenigstens solange nicht, als der Schwebezustand besteht und die endgültige Unwirksamkeit nicht feststeht.

In RGZ 79/306 hat sich das RG gegen eine Umdeutung schwebend unwirksamer Geschäfte ausgesprochen. Eine mangels Anzeige (nach § 1280 BGB) unwirksame Verpfändung einer Forderung konnte nicht mehr wirksam werden, da der Zessionar, der allein die Anzeige hätte nachholen können, hierzu nicht bereit war. Es war damit aus dem schwebend unwirksamen ein endgültig unwirksames Geschäft geworden. Auf Grund des irrealen Willens der Parteien hatte das Berufungsgericht die nichtige Verpfändung in eine Abtretung oder eine Einziehungsvollmacht umgedeutet. Das RG hat das nicht gebilligt: „es liege nicht der mindeste Anlaß dafür vor, daß der Gesetzgeber in § 140 BGB unter den nichtigen auch jene (schwebend unwirksamen) Geschäfte habe verstehen wollen". Wie bereits oben ausgeführt ist diese Entscheidung nicht zu billigen, dies umso weniger, als das RG [2] selbst keine Bedenken getragen hat, den § 139 BGB, der ebenfalls von einer Nichtigkeit spricht, in einem Falle schwebender Unwirksamkeit anzuwenden.

In einer neueren Entscheidung [3] hat das RG ebenfalls zum Ausdruck gebracht, daß § 140 BGB auf ein schwebend unwirksames Geschäft nicht anwendbar sei. Ein Nichtberechtigter hatte einen Grundschuldbrief verpfändet. Die nichtige Verpfändung wurde vom OLG Celle als vertragsmäßige Begründung eines Zurückbehaltungsrechts an dem Grundschuldbrief aufrechterhalten. Es handelte sich hier um einen Fall, in welchem die endgültige Unwirksamkeit noch nicht eingetreten war.

Es bestehen tatsächlich erhebliche Bedenken, die Umdeutung bei schwebend unwirksamen Geschäften zuzulassen, solange das Geschäft noch in der Schwebe ist. Besteht doch hier die große Gefahr, daß möglicherweise ein Geschäft umgedeutet wird, das wirksam hätte werden können. Dann kann aber eine Umdeutung nie im Willen der Parteien gelegen haben. Denn es ist noch unbestimmt, ob das Geschäft wirksam werden wird oder nicht. Eine Umdeutung liegt dann aber auch nicht im Interesse der Parteien.

Wenn schließlich behauptet wird, die schwebend unwirksamen Geschäfte ständen den nichtigen sehr nahe [4], so trifft das unbedingt doch nur in dem Falle zu, daß das schwebend unwirksame Geschäft in ein endgültig unwirksames übergegangen ist. Erst dann ist es mit einem nichtigen Geschäft

---

1) Oertmann Rbdg. S. 27/28, Lang S. 16. A. A. Finger S. 42, Fischer S. 7, der das Geschäft für völlig nichtig und deshalb die Anwendung der §§ 139, 140 BGB für möglich hält.

2) RGZ 93/334.

3) RGZ 124/28.

4) Finger S. 48 unter Berufung auf Planck, Vorbem. V 3c v. § 104. v. Tuhr III § 55 Ziff. 2 RG 51/35.

nahe verwandt. Dann muß aber auch die Umdeutung für diesen Fall grundsätzlich für zulässig erachtet werden [5]), soweit sie nicht dazu führen würde, an Stelle des unwirksamen ein ebenfalls nicht vollwirksames Rechtsgeschäft zu setzen. In der Tat haben denn auch OLG Colmar [6]) und OLG Kiel [7]) entgegen der Auffassung des RG eine Umdeutung schwebend unwirksamer Geschäfte zugelassen.

In dem vom OLG Colmar entschiedenen Falle war ein Sparkassenbuch verpfändet. Da dieses aber lediglich Legitimationspapier ist, kann es nicht selbständig Träger eines Rechtes sein. Es kann auch nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein. War aber die Verpfändung eines Guthabens, über welches das Sparbuch ausgestellt war, gewollt, so fehlte die nach § 1280 BGB [8]) notwendige Anzeige der zu verpfändenden Forderung an den Schuldner. Das Geschäft war daher schwebend unwirksam. Da der Wille der Parteien bei der Übergabe des Buches auf die Bestellung einer Sicherheit gerichtet war, wurde die unwirksame Pfandbestellung in die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Zurückbehaltungsrechts umgedeutet.

In dem von dem OLG Kiel entschiedenen Falle hingegen war ein Pfandschein verpfändet worden. Gewollt war hier in Wahrheit die Verpfändung der Forderung auf Herausgabe bereits verpfändeter Sachen. Mangels Anzeige (nach § 1280 BGB) an den Schuldner war ein wirksames Pfandrecht weder an dem Pfandschein noch an den verpfändeten Sachen entstanden. Das OLG Kiel hat die unwirksame Verpfändung in ein Zurückbehaltungsrecht an dem Pfandschein und nach dessen Einlösung an den eingelösten Pfandsachen umgedeutet.

In diesen beiden Fällen handelte es sich zwar um zunächst schwebend unwirksame Geschäfte; jedoch war in beiden Fällen die Sachlage so, daß die Verpänder an der Nachholung der fehlenden Anzeige des § 1280 BGB keinerlei Interesse mehr hatten. Es konnte deshalb mit Bestimmtheit gesagt werden, daß der Mangel des Geschäfts nicht mehr behoben werde. Damit war aber aus der schwebenden Unwirksamkeit eine endgültige Unwirksamkeit geworden. Es ist dabei auch keineswegs erforderlich, daß der zur Vornahme der Anzeige Verpflichtete ausdrücklich die Vornahme der zur Heilung des Geschäfts erforderlichen Maßnahme ablehnt. Es genügt vielmehr, wenn er zu erkennen gibt, daß er zur Vornahme nicht bereit ist oder wenn das aus den besonderen Umständen des Falles entnommen werden kann. Ist das der Fall, dann liegt ein endgültig unwirksames Geschäft vor, welches umgedeutet werden kann.

Ich halte diese in den beiden genannten Enscheidungen vertretene Auffassung, daß die Umdeutung dann stattfinden müsse, wenn die endgültige Unwirksamkeit feststehe, für richtig; dies umso mehr, als sie auch zu praktisch befriedigenden Ergebnissen führt.

---

5) Oertmann § 140 Anm. 3, Bichmann S. 14, Küntzel S. 18, Biermann § 57 S. 195.

6) Jur. Zeitschr. f. Elf.-Lothr. 40/101.

7) Schlesw.Holst. Anzeigen 1921/219.

8) § 1280 BGB sagt: „Die Verpfändung i s t nur wirksam, wenn ...". Erst mit der Anzeige kommt das Verpfändungsgeschäft zur Vollendung.

Wenn das RG dann noch weitere Bedenken gegen die Anwendung des § 140 BGB auf schwebend unwirksame Geschäfte daraus ableitet, weil es ungewiß sei, ob die Zeit des Vertragsschlusses oder des Eintritts der endgültigen Unwirksamkeit für die Frage, ob die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ein anderes Rechtsgeschäft gewollt haben würden, entscheidend sei, so ist auch dieses Bedenken nicht durchschlagend. Bei den schwebend unwirksamen Geschäften liegt die Unwirksamkeit in dem Geschäft selbst begründet. Es ist also seit seinem Zustandekommen mit dem Fehler behaftet, der später die endgültige Unwirksamkeit herbeiführt. Lediglich der Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsgeschäftes kann daher für die Frage nach dem irrealen Willen der Parteien maßgebend sein [9]).

Zu den schwebend unwirksamen Geschäften gehören auch diejenigen, welche wegen der Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam sind. Auch hier ist die Umdeutung nicht möglich, solange der Schwebezustand besteht. Das hat das RG in verschiedenen, auch neueren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht [10]). Gerade hier tritt zu den oben genannten Bedenken noch hinzu, daß das Zweitgeschäft in allen Fällen an demselben Mangel kranken wird.

Jedoch ist die Vorschrift des § 140 BGB auf eine von einem Nichtberechtigten vorgenommene Verfügung dann anwendbar, wenn der Berechtigte dem unwirksamen Rechtsgeschäft zugestimmt hatte [11]).

Auch die bedingten Rechtsgeschäfte gehören zu den schwebend unwirksamen Geschäften und zwar in erster Linie die aufschiebend bedingten, während es sich in den Fällen einer auflösenden Bedingung um Geschäfte handelt, die man als schwebend wirksam bezeichnen kann. In beiden Fällen ist eine Umdeutung jedoch ausgeschlossen [12]), da es sich hier um eine gewillkürte Unwirksamkeit handelt.

C) Die anfechtbaren und angefochtenen Rechtsgeschäfte.

Darüber, ob § 140 BGB auch auf solche Rechtsgeschäfte, die anfechtbar sind oder infolge einer Anfechtung nichtig werden, Anwendung finden kann, finden sich in der Rechtsprechung Entscheidungen, welche diese Frage unmittelbar behandeln, nicht.

1. Soweit es sich um lediglich anfechtbare Geschäfte handelt, muß die Umdeutung deshalb versagt bleiben, weil ein solches Geschäft vorerst als ein zwar mit einem Mangel behaftetes, aber trotzdem gültiges Rechtsgeschäft anzusehen ist. Es bleibt gültig, wenn die Anfechtung von den dazu Berechtigten nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist erklärt wird. Solange handelt es sich daher um einen Fall der schwebenden Wirksamkeit.

---

9) Küntzel S. 18.
10) Warneyer 1908/441, Recht 1908 Nr. 1944, RGZ 124/28 ff. = JW 1929/1965.
11) RGZ 124/28 = JW 1929/1969.
12) Fischer-Henle § 139 Anm. 1, Lang S. 32, Finger S. 52.

Wenn Bichmann [1]) glaubt, auch bei nur anfechtbaren Geschäften eine Umdeutung deshalb zulassen zu müssen, weil hier „ein Zustand erhöhter Ungewißheit bestehe, der für die Rechtssicherheit schwer erträglich sei", so kann ich mich dieser Ansicht aus der Erwägung heraus, daß es sich um vorerst wirksame Geschäfte handelt, nicht anschließen. Hinzu kommt noch, daß es kaum im Interesse einer Partei liegen dürfte, Geschäfte, deren Nichtigkeit noch keineswegs feststeht, umzudeuten. Diese Interessenlage der Parteien verdient aber eine stärkere Beachtung als die angebliche Verkehrssicherheit, denn durch die vorläufige Unbestimmtheit des Eintritts der Nichtigkeit des anfechtbaren Geschäftes werden die Rechte Dritter kaum berührt werden. So lehnt denn auch fast das gesamte Schrifttum, soweit es sich mit dieser Frage befaßt hat, die Umdeutung anfechtbarer Geschäfte ab [2]). Auch das RG [3]) hat einmal beiläufig ohne jede Begründung die Umdeutung anfechtbarer Geschäfte abgelehnt.

2. Dagegen wird die Umdeutungsfähigkeit bereits angefochtener und daher endgültig nichtiger Geschäfte allgemein bejaht [4]). Lediglich Finger [5]) lehnt eine solche Umdeutung ab. Ich vermag mich dieser Ansicht, daß § 140 BGB bei angefochtenen Geschäften keine Anwendung finden könne, nicht anzuschließen.

Man muß diese Umdeutungsmöglichkeit ganz allgemein aus der Erwägung heraus bejahen, daß gemäß § 142 BGB das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Zudem findet auch § 139 BGB unbestritten auf Rechtsgeschäfte, die infolge Anfechtung nichtig sind, Anwendung. In § 139 BGB ist aber der Begriff der Nichtigkeit kein anderer wie auch in § 140 BGB. Ferner kann gegen die Umdeutung solcher Geschäfte auch nicht geltend gemacht werden, der Anfechtende habe durch Anfechtung zu erkennen gegeben, daß er das angefochtene Geschäft nicht billige, daraus müsse aber geschlossen werden, daß er auch das Zweitgeschäft nicht wolle [6]). Dem steht entgegen, daß es grundsätzlich nur auf den Willen der Parteien z. Zt. der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommt [7]), nach diesem Zeitpunkt liegende Ereignisse oder Willensäußerungen bei der Erforschung des irrealen Willens aber außer Betracht zu bleiben haben. Der in der Anfechtung zum Ausdruck gebrachte, dem abgeschlossenen Geschäft feindliche Wille kann nur als Indiz einer früheren Willensrichtung gewertet werden.

Die Umdeutung angefochtener Geschäfte wird allerdings häufig daran scheitern, daß diese dem irrealen Willen der oder auch nur einer Partei nicht entsprechen wird. Das ist insbesondere bei den wegen Zwanges, Drohung oder Betruges angefochtenen Geschäften der Fall. Unrichtig ist es jedoch, wenn Finger in diesen Fällen den § 140 BGB deshalb grund-

---

1) S. 13/14.
2) Angaben bei Staudinger zu § 140, Rosenthal § 140.
3) RGZ 79/306.
4) Enneccerus I 1 § 189 V, Neumann § 140 Anm. 1, Warneyer § 140 Anm. 1, Schulz S. 84, Fischer S. 20.
5) S. 60 ff.
6) so Rutenbeck S. 62.
7) JW 1927/1531.

sätzlich nicht anwenden will, weil hier „der Anfechtende überhaupt kein Geschäft geschlossen hätte, wenn er nicht durch Betrug usw. dazu veranlaßt worden wäre“ [8]). Das ist so allgemein gesagt nicht richtig. Denn es sind Fälle denkbar, in welchen der Anfechtende mit seinem Vertragsgegner einen bestimmten Vertrag eingehen wollte, aber durch die Drohung, den Zwang oder den Betrug gerade zu dem angefochtenen Geschäft veranlaßt wurde, obwohl bei den Vorverhandlungen mehrere Geschäfte ähnlicher Art ins Auge gefaßt wurden. Dann bestehen aber keine Bedenken, das angefochtene nichtige Geschäft in das tatsächlich gewollte Geschäft umzudeuten. Wenn z. B. A. von B. ein bestimmtes Haus kaufen oder hinsichtlich dieses Hauses einen langjährigen Pachtvertrag schließen wollte, er sich aber infolge des Betruges zu dem Kauf entschloß, so muß eine Umdeutung des angefochtenen nichtigen Geschäftes Platz greifen, wenn nur die objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind. Selbstverständlich muß, da es sich regelmäßig um Verträge handeln wird, die Willensübereinstimmung der Parteien geprüft werden. Auch an einer mangelnden Willensübereinstimmung kann die Umdeutung in diesen Fällen scheitern.

§ 140 BGB ist daher grundsätzlich auch bei den angefochtenen Geschäften anwendbar [9]). Jedoch ist bei der Erforschung des irrealen Willens mit Rücksicht auf die abweichende Interessenlage der Parteien besondere Vorsicht geboten.

D) Die relativ unwirksamen Rechtsgeschäfte.

Bei den sogen. relativ unwirksamen Geschäften handelt es sich um solche, die nur einer bestimmten Person gegenüber unwirksam sind. Es ist aber möglich, daß das Geschäft dem in seinem Rechte Verletzten gegenüber wirksam wird (z. B. durch Bestätigung). Deshalb kann § 140 BGB solange nicht zur Anwendung kommen, als nicht feststeht, daß die Unwirksamkeit des Geschäftes nicht behoben werden kann. Erst wenn die endgültige Nichtigkeit der geschützten Person gegenüber feststeht, was dann der Fall sein kann, wenn diese das unwirksame Geschäft nicht bestätigt und damit ein Fall tatsächlicher Nichtigkeit vorliegt, kann § 140 BGB Anwendung finden [10]). Jedoch wird es sich hier nur um ein ganz beschränktes Anwendungsgebiet handeln.

---

8) Finger S. 61.
9) Kipp § 36 Anm. 10, Schulz S. 76.
10) Finger S. 58; a. A. Biermann § 57 S. 195.

II. Das andere, gültige Rechtsgeschäft, dessen Erfordernissen das nichtige Geschäft entsprechen muß.

§ 8. Die Erfordernisse, denen das nichtige Rechtsgeschäft entsprechen muß.

A) Die Erfordernisse.

Indem § 140 BGB verlangt, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen müsse, bringt der Wortlaut zum Ausdruck, daß irgend ein Unterschied zwischen dem nichtigen und dem Zweitgeschäft bestehen muß. Es herrscht zunächst keine Klarheit über die Ausdehnung des Begriffes „entsprechen". Schrifttum [1]) und Rechtsprechung [2]) vertreten überwiegend die Auffassung, daß dieser Ausdruck soviel bedeute wie „enthaltensein" und daß ein sachlicher Unterschied zwischen den beiden Bezeichnungen nicht bestehe. So verlangt z. B. das RG [3]), daß die Willenserklärungen zugleich die Bestandteile eines anderen Rechtsgeschäftes in sich schließen, wenn es sagt: „immer müssen die Erfordernisse eines anderen gültigen Rechtsgeschäftes schon in den von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen enthalten sein".

Jedenfalls kann das „entsprechen" nicht bedeuten, daß alle Erfordernisse des Zweitgeschäfts vorhanden sein müssen. Andererseits ergibt sich aber auch aus der so gewählten Bezeichnung, daß die Umdeutung nie dazu führen darf, an Stelle des nichtigen Geschäfts ein anderes, nicht entsprechendes nur deshalb zu setzen, weil die Parteien es vermutlich abgeschlossen haben würden [4]). Es muß vielmehr immer zunächst geprüft werden, ob das nichtige Geschäft den Erfordernissen eines anderen gültigen Geschäfts entspricht.

Richtig ist, daß insofern zwischen „entsprechen" und „enthaltensein" ein Unterschied besteht, als jener Ausdruck eine freiere Handhabung bei der Erforschung und Auffindung des Zweitgeschäftes ermöglichen soll [5]). Gerade mit Rücksicht darauf ist dieser etwas unbestimmte Ausdruck gewählt worden.

Immer muß die gesamte rechtsgeschäftliche Erklärung daraufhin geprüft werden, ob sie den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht; es darf nicht ein Teil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bei dieser Prüfung weggelassen werden [6]).

Küntzel [7]) glaubt, man müsse den Sinn des Ausdruckes „entsprechen" darin sehen, daß die für das Ersatzgeschäft in Frage kommenden äußeren typischen Erfordernisse in dem nichtigen Rechtsgeschäft vorhanden sein müßten, also die gesetzlich vorgeschriebene Form, Geschäftsfähigkeit, Vertre-

---

1) Finger S. 72, Michaelis, Gruch.Beitr. 59/567.
2) RG SeuffArch. 80 Nr. 110, RGZ 121/106, Warneyer 1928 Nr. 120.
3) JR 1926 Nr. 914 = Recht 1926 Nr. 1081.
4) RAG 7/31 ff., Arb.Rechtspr. 31/105.
5) Manigk, Archiv S. 529 ff.
6) Neumann, Jahrb. 1924 § 140 Ziff. 2.
7) S. 20.

tungsbefugnis, bei empfangsbedürftigen Geschäften die Erklärung an einen bestimmten Gegner usw. [8]).

Das worauf es ankommt ist aber, daß neben diesen äußeren typischen Erfordernissen auch der durch das Ersatzgeschäft zu erreichende praktische Erfolg zum Ausdruck gelangt sein muß, während die rechtliche Qualifikation in dem nichtigen Geschäft keinen Ausdruck gefunden zu haben braucht. Deshalb ist es nicht nötig, daß der Geschäftstypus des nichtigen und des Zweitgeschäfts derselbe ist. Insoweit besteht allerdings zwischen „entsprechen" und „enthaltensein" ein wenn auch nicht erheblicher Unterschied [9]). Zutreffend ist wohl die Ansicht von Michaelis [10]) „daß der tatsächliche Inhalt des Ersatzgeschäftes in seinen wesentlichen Punkten in dem nichtigen Geschäft objektiv zum Ausdruck gelangt sein muß", wobei unter den wesentlichen Punkten eben die äußeren, für jedes Rechtsgeschäft notwendigen Erfordernisse zu verstehen sind. Für zu weitgehend halte ich die Ansicht Fischers [8]), der keinerlei inhaltliche Verwandtschaft zwischen dem nichtigen und dem Zweitgeschäft verlangt.

Unter den Erfordernissen sind nur diejenigen zu verstehen, die jedes Rechtsgeschäft, wenn es überhaupt wirksam sein soll, enthalten muß. Diese Erfordernisse müssen in dem nichtigen Geschäft enthalten sein, sodaß es möglich ist, ein nichtiges Geschäft, dessen Erfordernisse im Falle seines Wirksamwerdens weitergehende als die des Ersatzgeschäfts sind, umzudeuten, während umgekehrt dann eine Umdeutung nicht möglich ist, wenn das Zweitgeschäft größere Erfordernisse als das nichtige Geschäft verlangt. Der erste Fall liegt z. B. dann vor, wenn das nichtige Geschäft zum Wirksamwerden der notariellen Beurkundung bedarf, für das Wirksamwerden des Zweitgeschäfts aber nur Schriftform, die der notariellen Beurkundung gegenüber ein weniger darstellt, erfordert wird. Jedoch kann umgekehrt ein Geschäft, welches der Schriftform genügt, nicht in ein der notariellen Beurkundung bedürfendes Geschäft umgedeutet werden. So entspricht auch z. B. der Wechsel den Erfordernissen einer Anweisung, sei es einer bürgerlichrechtlichen gem. § 783 BGB, sei es einer kaufmännischen gem. § 363 HGB, sodaß eine Umdeutung möglich ist, wenn die übrigen Erfordernisse erfüllt sind, während andererseits die Umdeutung einer Anweisung in einen Wechsel deshalb nicht möglich ist, weil das Gesetz für das Vorliegen eines Wechsels weitergehende Erfordernisse als für eine Anweisung verlangt [11]). Mir scheint die Formulierung, das andere Rechtsgeschäft müsse den Anforderungen entsprechen, welche die Rechtsordnung an ein derartiges Rechtsgeschäft als solches stelle" [12]), die klarste zu sein.

So hat das Bay. Oberste LG [13]) die an sich mögliche Umdeutung eines nichtigen dinglichen Vorkaufsrechts in ein durch eine Vormerkung

8) so auch Fischer S. 16.
9) so auch Michaelis, Gruch.Beitr. 59/566. Fischer-Henle § 140 Anm. 3 verlangt nur Geschäftsfähigkeit und die für das andere Geschäft erforderliche Form.
10) Michaelis, Gruch.Beitr. 59/566.
11) Finger S. 81.
12) RG Recht 1908 Nr. 1944.
13) OLG 45/182.

zu sicherndes persönliches Vorkaufsrecht deshalb mit Recht abgelehnt, weil im gegebenen Falle das dingliche Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt worden war (§ 1094 II BGB), bei dem persönlichen Vorkaufsrecht solche Vereinbarungen aber nicht getroffen werden können [14]. In diesem Falle entspricht daher das nichtige Geschäft nicht den Erfordernissen des Zweitgeschäfts.

Mit Recht hat daher auch das RG [15]) die Umdeutung eines nach § 215 HGB nichtigen Vertrages, in welchem den Aktionären Zinsen in bestimmter Höhe versprochen waren, in einen Grundstückskaufvertrag deshalb abgelehnt, weil jener Vertrag nicht auch die Bestandteile eines Kaufvertrages enthielt und deshalb nicht den Erfordernissen eines Kaufvertrages entsprach.

Schließlich ist aus diesem Grunde auch die in RGZ 70/353 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts zu billigen.

Ein Grundstückseigentümer hatte für einen Gläubiger ohne Einigung mit diesem eine Hypothek für sich eintragen lassen, um sich einen Vermögenserwerb zu sichern. Diese Hypothekenbestellung war mangels Einigung nach § 873 BGB nichtig. Das RG hat die Umdeutung dieser nichtigen Hypothek in eine Eigentümergrundschuld u. a. mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, daß keine Hypothek und infolgedessen auch keine Eigentümergrundschuld, die nur ein anderes hypothekarisches Recht darstelle, entstehe, wenn die Einwilligung des Gläubigers zur Bestellung der Hypothek fehle, auch wenn die Eintragungsbewilligung des Eigentümers rechtswirksam sei. Die Eigentümergrundschuld hat tatsächlich ihren Entstehungsgrund nur in einer wirksam bestellten Hypothek. Hier entspricht daher die nichtige Hypothekenbestellung nicht den Erfordernissen der Eigentümergrundschuld [16]).

B) Das andere Rechtsgeschäft.

Nur darüber herrscht Einigkeit, daß nicht in ein ebenfalls nichtiges Rechtsgeschäft umgedeutet werden kann. Das wäre völlig sinnlos, da auf diese Weise ein Erfolg ebenfalls nicht zu erzielen wäre. In diesem Zusammenhange soll eine Entscheidung des RAG [1]) besprochen werden.

Der Kläger war als Lehrling bei der Beklagten beschäftigt. Nach § 6 des ordnungsmäßig abgeschlossenen Lehrvertrages konnte das Lehrverhältnis nur aufgelöst werden, wenn ein gesetzlicher Auflösungsgrund nach §§ 127 b und 127 e i. V. mit §§ 123, 124 GO vorliege oder wenn die Beklagte gezwungen sei, ihren Betrieb ganz oder teilweise stillzulegen. In den Fällen vorzeitiger Vertragsaufhebung sollte der Lehrling aller

14) Berechtigt wäre dann nicht eine bestimmte Rechtspersönlichkeit, sondern z. Zt. noch unbestimmte Personen. Die Wirksamkeit eines Vertrages zugunsten unbestimmter Personen ist dem Schuldrecht aber nicht bekannt. A. A. RG 128/246.

15) RGZ 121/99.

16) Manigk, Archiv S. 529 ff., RGZ 106/139, Fumian, Bay.Ztg. 1930/124. A. A. Fischer-Henle § 1196 Anm. 2.

1) RAG 7/31 ff.

Ansprüche verlustig gehen. Die Beklagte legte ihren Betrieb mit Genehmigung des Regierungspräsidenten still und erklärte das Lehrverhältnis für aufgelöst.

Da in der für den Betrieb der Beklagten obligatorischen Arbeitsordnung der in dem Lehrvertrag vereinbarte besondere Auflösungsgrund nicht enthalten war, verstieß diese Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot und war daher nichtig. Das LAG Halle hatte aber angenommen, diese nichtige Vereinbarung sei in eine solche über die Tragung der Gefahr für den Fall der Betriebsstillegung umzudeuten. Mit Recht hat das RAG auch eine solche Vereinbarung, soweit sie eine Beendigung des Lehrverhältnisses unter Ausschließung jeder Haftung der Beklagten herbeiführen sollte, als nichtig angesehen. Denn der Erfolg beider Vereinbarungen, nämlich der Verlust sämtlicher Ansprüche des Klägers, ist der gleiche. Kann ein solcher Erfolg aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 134 c GO nicht erreicht werden, so kann man ihn auch nicht auf diesem Umwege zulassen. In diese deshalb ebenfalls nichtige Vereinbarung konnte daher nicht umgedeutet werden.

Die Rechtsprechung hat sich ferner auch mit der Frage befaßt, ob eine Umdeutung in ein heilbar nichtiges Rechtsgeschäft möglich ist. Das RG hat diese Frage bejaht [2]). Es hat nämlich die Umdeutung eines nichtigen Erbschaftskaufes i. S. des § 2371 BGB in einen Erbauseinandersetzungsvertrag i. S. des § 2042 BGB, welcher an sich der Form des § 313 S. 1 BGB im gegebenen Falle bedurft hätte, zugelassen, obwohl dieser Formvorschrift nicht genügt und das Rechtsgeschäft deshalb nicht vollwirksam war. Die Umdeutung aber wurde aus der Erwägung heraus für zulässig erklärt, daß die notwendige Auflassung bereits erklärt war und es nur noch der Eintragung durch den Grundbuchrichter bedurfte. Mit Rücksicht darauf, daß diese Eintragung bereits beantragt und bewilligt war und deshalb unbedingt erfolgen mußte, hat das RG die Umdeutungsmöglichkeit in diesem Falle bejaht.

Man wird der in dieser Entscheidung geäußerten Auffassung unbedenklich zustimmen können; dies umsomehr, als dadurch dem der Umdeutung zugrundliegenden Rechtsgedanken der bestmöglichsten Aufrechterhaltung einmal getätigter Rechtsgeschäfte [3]) weitgehendst entgegen gekommen und einer unerwünschten und unökonomischen Vernichtung rechtsgeschäftlicher Erklärungen Einhalt geboten wird.

In diesem Sinne hat sich das RG auch noch in weiteren Entscheidungen [4]) ausgesprochen. Allerdings sind diese Entscheidungen nur insoweit zu billigen, als tatsächlich eine vollständige Behebung (Heilung) der schwebenden Unwirksamkeit eingetreten ist oder eintreten muß. Das ist z. B. dann der Fall, wenn es nur noch einer Eintragung bedarf, die unter der Voraussetzung, daß allen sonstigen Erfordernissen genügt ist, erfolgen muß. Steht das aber fest, so stehen einer Umdeutung keine Bedenken entgegen.

---

2) RGZ 129/122.
3) RGZ 129/122, LZ 1929/575, Förster-Eccius I S. 197, Rutenbeck S. 30.
4) JW 1922/1166, 1931/308, HRR 1927 Nr. 1403, DRZ 30 Nr. 644.

Für nicht zulässig halte ich dagegen die Umdeutung dann, wenn die Behebung des Mangels zwar möglich, aber keinesfalls sicher ist. Denn dann liegt es immer in dem Belieben der einen oder anderen Partei, ob sie den Eintritt der Vollwirksamkeit des Geschäftes herbeiführen will. Eine solche Unsicherheit verträgt sich mit dem Wesen der Umdeutung nicht.

Finger [5]) bringt folgendes Beispiel: Es sei möglich, die einseitige Kündigungserklärung einer Minderjährigen, welche nach § 111 BGB unwirksam (nichtig!) ist, als Offerte zu einem Aufhebungsvertrage bei Bestand zu erhalten, der durch die Annahme des Gegners zustandekomme und dann nach § 108 BGB schwebend unwirksam sei. Es genügt m. E. aber auch hier nicht die Möglichkeit, daß das Geschäft wirksam wird, vielmehr müßte auch hier das Wirksamwerden sicher sein. Das erscheint aber deshalb fraglich, weil eine Genehmigung seitens des Vertreters dann nicht zu erwarten ist, wenn er schon der Kündigungserklärung nicht zugestimmt hat. Nur mit dieser Einschränkung scheint mir das genannte Beispiel richtig zu sein.

Häufig sind die Fälle, in welchen sich das Zweitgeschäft von dem nichtigen Geschäft dadurch unterscheidet, daß die Rechtsnatur des Zweitgeschäfts von der des nichtigen Geschäfts abweicht. Das ist z. B. dann der Fall, wenn ein nichtiges Pfandrecht in ein Zurückbehaltungsrecht [6]) oder ein nichtiger Erbbauvertrag in einen Pachtvertrag [7]) umgedeutet wird. Auch die Umdeutung einer nichtigen Bürgschaft in eine Schuldübernahme muß hier erwähnt werden [8]). Es ist aber auch möglich, daß sich nur der Geschäftsgegenstand ändert, was z. B. dann der Fall ist, wenn die nichtige Übertragung eines ganzen Vermögens in die Verpflichtung zur Überlassung einzelner Vermögensstücke umgedeutet wird [9]).

Die Umdeutung wird aber auch nicht dadurch gehindert, daß das nichtige und das Ersatzgeschäft auf verschiedenen Rechtsgebieten liegen. Hierzu liegen eine Reihe beachtenswerter Entscheidungen vor.

Der Entscheidung RGZ 110/391 liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte den Beklagten, nämlich seiner Tochter und seinem Schwiegersohne anläßlich deren Verheiratung ein ihm gehöriges Grundstück übergeben, ohne daß eine Auflassung und Eintragung erfolgt war. Der Kläger verlangte mit der Klage das Grundstück heraus, da er dieses den Beklagten nur leihweise auf unbestimmte Zeit überlassen habe, während die Beklagten behaupteten, das Grundstück sei als Mitgift gegeben worden.

Das Rechtsgeschäft war mangels Wahrung der Form des § 313 BGB nichtig. Das RG hat aber das nichtige Rechtsgeschäft als Zusage eines lebenslänglichen Nießbrauches aufrecht erhalten, „denn aus dem Zwecke des Versprechens ergebe sich, daß die Parteien, wenn sie die Nichtigkeit des auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Vertrages gekannt

5) S. 69.
6) RGZ 66/ 27 ff.
7) SeuffArch. 80 Nr. 135.
8) RGZ 78/39.
9) RGZ 76/3 ff.

hätten, doch zum mindesten die Zusage der Bestellung eines Nießbrauches im Auge gehabt hätten".

Auch diese Entscheidung ist zu billigen; im übrigen ist sie auch wieder ein Beispiel dafür, daß ein heilbar nichtiges Rechtsgeschäft dann umdeutungsfähig ist, wenn die völlige und endgültige Nichtigkeit feststeht. Das ist hier der Fall.

Noch ein weiterer Fall aus der Rechtsprechung des RG's [10]) mag dessen Auffassung beleuchten.

Eine Vermieterin hatte ihrem Mieter in notarieller Form ein Vorkaufsrecht, das sich aber als Ankaufsrecht darstellte, eingeräumt und sich verpflichtet, dieses Vorkaufsrecht auch im Grundbuch eintragen zu lassen. Das RG hat die Umdeutung des nichtigen Vorkaufsrechtes in die Vereinbarung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für zulässig erklärt.

In SeuffArch. 80 Nr. 135 ist folgende Entscheidung des OLG Kiel veröffentlicht:

Für den Beklagten war auf zwei der Klägerin gehörenden Grundstücken ein Erbbaurecht eingetragen. Der Erbbauvertrag war jedoch nichtig, da die Grundstücke dem Beklagten zur landwirtschaftlichen Nutzung überlassen waren, ohne daß eine Bebauungsabsicht bestanden hatte und Vertragsinhalt geworden war. Da es aber dem Beklagten auf den Erwerb eines möglichst umfassenden Rechts zur landwirtschaftlichen Nutzung der Grundstücke angekommen war, hat das OLG Kiel den nichtigen Erbbauvertrag in einen langfristigen Pachtvertrag aus der Erwägung heraus umgedeutet, daß kein Anhalt dafür vorläge, daß „die Beteiligten das Rechtsgeschäft in der beurkundeten Gestalt gewollt und ein anderes Rechtsgeschäft in keinem Falle abgeschlossen hätten".

Ferner hat das OLG Naumburg [11]) die Umdeutung einer nichtigen Sicherungsübereignung in die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek für zulässig erklärt.

Aus den genannten Fällen ergibt sich, daß eine Umdeutung auch dann möglich ist, wenn das nichtige und das Ersatzgeschäft auf verschiedenen Rechtsgebieten liegen, d. h. wenn der beiden Geschäften gemeinsame wirtschaftliche Zweck auch durch ein Ersatzgeschäft von rechtlich erheblich verschiedener Gestaltung erreicht werden kann. Insoweit hält das RG an seiner bereits früher vertretenen Auffassung fest.

Die Rechtsprechung geht aber in folgerichtiger Durchführung dieses Grundsatzes noch weiter, indem sie auch die Umdeutung von Rechtsgeschäften unter Lebenden in solche von Todes wegen und umgekehrt zuläßt. Diese Fälle sind deshalb besonders interessant, weil gewöhnlich durch Geschäfte von Todes wegen ganz andere Zwecke erreicht werden sollen als durch Geschäfte unter Lebenden.

Das KG hat folgenden Fall [12]) entschieden: Ein Erblasser hatte in einem eigenhändig ge- und unterschriebenen, auch gehörig datierten mit der

---

10) SeuffArch. 77 Nr. 142.
11) JW 1929/70.
12) OLG 35/374 = JW 1910/467.

Überschrift „Schuldschein" versehenen Schriftstück bestimmt, daß die Klägerin, welche 14 Jahre Dienste bei ihm verrichtet hatte, 10000 Mark erhalten solle, die sie nach seinem Tode einzuziehen berechtigt sein solle. Dieses als Schenkungsversprechen nichtige Rechtsgeschäft wurde als eigenhändiges Testament mit einem Vermächtnis der 10000 Mark aufrechterhalten. In diesem Falle hat das KG eindeutig ausgesprochen, daß die Anwendbarkeit des § 140 BGB keineswegs gleichartige Rechtsgeschäfte voraussetze. „§ 140 BGB sei eine im Abschnitt über Rechtsgeschäfte stehende Vorschrift und spreche von nichtigen Geschäften ohne Unterscheidung, ob sie unter Lebenden oder von Todes wegen vorgenommen seien". Anderer Ansicht hinsichtlich der Umdeutungsmöglichkeit letztwilliger Verfügungen ist das Bay. Oberste LG [13]), wenn es ausführt, eine Umdeutung eines letztwilligen Geschäftes in ein solches unter Lebenden sei undenkbar. Das ist nicht richtig. Der Wille, letztwillig zu verfügen, ist keineswegs mit dem Willen, ein Geschäft unter Lebenden zu schließen, unvereinbar und schließt diesen Willen auch nicht aus [14]). Wenn auch in vielen so gelagerten Fällen die Umdeutung daran scheitern wird, daß sie nicht dem irrealen Willen der Parteien entsprechen wird, so berechtigt das noch nicht, die Umdeutungsmöglichkeit in diesen Fällen überhaupt zu verneinen. Mit Recht hat daher das RG [15]) einen nichtigen Erbvertrag in einen Vertrag unter den künftigen gesetzlichen Erben i. S. des § 312 BGB umgedeutet. Gerade bei Geschäften von Todeswegen will der Erklärende einen bestimmten praktischen Erfolg herbeiführen, dessen Verwirklichung insbesondere deshalb erstrebt werden muß, weil der Verfügende zur Behebung eines Mangels nicht mehr in der Lage ist.

Häufiger sind allerdings in der Rechtsprechung diejenigen Fälle, in welchen Geschäfte unter Lebenden in solche von Todes wegen umgedeutet werden [16]).

Grundsätzlich wird man daher in den genannten Fällen die Umdeutung zulassen müssen [17]). Jedoch ist in diesen Fällen eine besondere Vorsicht bei der Erforschung des irrealen Willens angebracht.

Ergibt sich aus den soeben besprochenen Fällen, daß das Zweitgeschäft auf einem anderen Rechtsgebiete liegen und seinen rechtlichen Charakter ändern kann, so hat sich das RG in einer neueren Entscheidung [18]) auf den Standpunkt gestellt, daß das Zweitgeschäft eine andere Rechtsform als das nichtige Geschäft haben müsse, eine bloße Inhaltsänderung hingegen für die Umdeutung nicht genüge.

In der Entscheidung HRR 1926 Nr. 360 hat das RG die Umdeutung einer unwiderruflichen Vollmacht, die der Wirksamkeit infolge Formmangels entbehrte, in eine widerrufliche Vollmacht abgelehnt. Das RG sagt dort: „Die Rechtsnatur des Rechtsgeschäfts, das die Erteilung der

---

13) Seuff Bl. f. Rechtsanwendg. 70/531.
14) OLG 35/374.
15) HRR 1927 Nr. 1403.
16) Recht 1922 Nr. 1884, 1929 Nr. 1466.
17) Bay. Ztg. 1920/208, Leonhard § 2231 Anm. 3, § 2301 Anm. 3, RGR-Komm. § 2301 Anm. 2, Finger S. 103.
18) HRR. 1926 Nr. 360 = GruchBeitr. 68/538 f.

Vertretungsmacht zum Gegenstande hat, bleibt unverändert, gleichviel ob die Vollmacht widerruflich oder unwiderruflich erteilt wird. Die Streichung der Erklärung, daß die Vollmacht unwiderruflich sein solle, ändert daher nicht den rechtlichen Charakter des erklärten Rechtsgeschäfts, sondern lediglich den Inhalt desselben. Mag es nun auch mit dem Begriffe der Konversion verträglich sein, daß das an die Stelle des erklärten Rechtsgeschäfts gesetzte andere Geschäft zugleich einen beschränkteren Inhalt erhält, so kann doch andererseits in der Vornahme einer bloßen Inhaltsänderung unter Beibehaltung der für die Willenserklärung gewählten Rechtsform keine zulässige Konversion erblickt werden."

Eine solche Einschränkung der Umdeutungsmöglichkeit halte ich mit Rücksicht darauf, daß sie in dem Gesetzeswortlaut keine Stütze findet, für bedenklich [19]). Kann durch ein Rechtsgeschäft derselben Rechtsform der gewollte wirtschaftliche Erfolg erreicht werden, so ist die Umdeutung zulässig. So hat das RG selbst in anderen Entscheidungen [20]) ausgesprochen, daß es „einer Umwandlung des Rechtsgeschäfts der Art nach nicht bedürfe.

Eine weitere Frage im Gebiete der Umdeutung ist die, ob auch eine Umdeutung in der Weise möglich ist, daß Rechte für eine andere Person begründet werden.

Ein für diese Frage beachtenswerter Fall ist in HRR 1927 Nr. 1403 veröffentlicht:

Ein Vater hatte durch einen notariellen Vertrag mit seinen Kindern 1. und 2. Ehe vereinbart, daß die Nachlässe der vorverstorbenen Ehefrauen bis zu seinem Tode ungeteilt bleiben und nach seinem Tode sein wie auch seiner Ehefrauen Nachlaß zu gleichen Teilen den Kindern zufallen sollte.

Als Erbvertrag konnte der genannte Vertrag nicht bei Bestand bleiben, weil auch über Vermögensstücke einer der vorverstorbenen Ehefrauen, die bereits einem Teil der Kinder zugefallen waren, Bestimmungen getroffen waren. Wenn nun auf diesem Wege das erstrebte Ziel, nämlich die gleichmäßige Berücksichtigung aller Kinder, nicht erreicht werden konnte, so war doch neben einer Vereinbarung der Kinder untereinander über die gleichmäßige Verteilung der nicht zum Nachlasse ihres Vaters gehörigen Vermögensstücke auch eine Vereinbarung über die entsprechende Verteilung des Nachlasses ihres Vaters möglich (§ 312 II BGB). Der nichtige Erbvertrag entspricht aber den Erfordernissen des genannten Vertrages über die Erbschaft eines Dritten.

Diese Entscheidung, welche die Umdeutung eines nur zwischen dem Vater und den Kindern wirksamen Vertrages in einen nur zwischen den Kindern wirkenden Vertrag nach § 312 II BGB zuläßt, bringt damit zum Ausdruck, daß eine Umdeutung auch dann möglich ist, wenn ein anderes Recht für eine andere Person begründet wird. Damit hat das RG seine in RGZ 70/353 ausgesprochene Ansicht, „§ 140 BGB könne nicht dahin ausgelegt werden, daß einer Willenserklärung die Richtung der Begründung eines anderen Rechtes für eine andere Person als ursprünglich ge-

19) so auch Oertmann, Anm. zu RAG JW 1930/3131, Enneccerus I § 189 Anm. 25.

20) RGZ 108/146, SeuffArch. 80 Nr. 110, RAG 4/222.

wollt gegeben werden" aufgegeben [21]). Es wird sich hier allerdings um ganz seltene Fälle handeln.

Den bisher besprochenen Fällen war gemeinsam, daß das Zweitgeschäft fast immer schwächere Wirkungen als das nichtige Geschäft äußerte. Das steht der Umdeutung nicht entgegen [22]). Die Umdeutung ist aber auch dann nicht ausgeschlossen, wenn das Zweitgeschäft in seinen Wirkungen über das nichtige Geschäft hinausgeht [23]). Jedoch wird sie in diesen Fällen fast immer an dem mangelnden irrealen Willen der Parteien scheitern, da regelmäßig nicht angenommen werden kann, daß der Schuldner sich zu einer weitgehenderen Leistung verpflichtet hätte als er es getan hat.

§ 9. Die Umdeutung wechsel- und scheckrechtlicher Erklärungen.

A) Die Umdeutung wechselrechtlicher Erklärungen.

Auch die Umdeutung unwirksamer wechsel- und scheckrechtlicher Erklärungen ist Gegenstand zahlreicher Entscheidungen neuerer Zeit geworden. Die Möglichkeit der Umdeutung solcher Erklärungen hat praktisch eine große Bedeutung, da einerseits Wechsel und Scheck in dem modernen Wirtschaftsleben eine sehr erhebliche Rolle spielen, andererseits aber dadurch, daß das Gesetz an diese Erklärungen strenge Formerfordernisse stellt, die Gefahr des Mißlingens solcher Erklärungen erhöht ist.

Während das gemeine Recht noch im Zweifel darüber war, ob man eine als Wechselausstellung mißlungene Erklärung als gewöhnliche Anweisung oder als kaufmännischen Verpflichtungsschein aufrechterhalten könne, auch die Rechtsprechung zunächst Bedenken gegen die regelmäßige Umdeutung solcher Erklärungen geäußert hatte [1]), hat das RG zuerst in der grundlegenden Entscheidung RGZ 48/229 die Umdeutung eines eigenen Wechsels in einen kaufmännischen Verpflichtungsschein zugelassen.

In der Regel wird die Unwirksamkeit einer als Wechsel gedachten Urkunde darauf beruhen, daß eines der Erfordernisse des Art. 4 WO fehlt oder in der Wechselschrift enthaltene Zusätze deren Charakter als Wechsel vernichten. Hat ein Wechselunfähiger wechselrechtliche Erklärungen abgegeben, so ist eine Umdeutung regelmäßig ausgeschlossen [2]), weil eine nicht wechselfähige Person auch eine sonstige Verpflichtung nicht eingehen kann.

Bei dem eigenen Wechsel kommt entsprechend seiner Natur nur die Umdeutung der Ausstellerunterschrift in Frage. Umgedeutet werden kann in ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB). Ist der Aussteller Kaufmann, so ist auch die Umdeutung in einen kaufmännischen Verpflichtungsschein nicht ausgeschlossen. Beide Rechtsgeschäfte sind „andere" i. S. des § 140 BGB. Wenn auch Rechtsprechung und Schrifttum die Umdeu-

---

21) Diese Auffassung bekämpft auch Manigk, Archiv S. 529 als zu eng.
22) Fischer, S. 81, Finger, S. 67.
23) HRR 1926 Nr. 360.
1) so z. B. in RGZ 8/41.
2) Staub-Stranz S. 50. Daß ein verjährter oder präjudizierter Wechsel oder Scheck nicht umgedeutet werden kann, ist bereits oben ausgeführt.

tung eines eigenen Wechsels regelmäßig zulassen [3]), so darf doch nicht übersehen werden, daß zwischen diesen Rechtsgeschäften und dem Wechsel Unterschiede bestehen [4]), die eine Umdeutung dann hindern können, wenn angenommen werden muß, daß die Parteien gerade die Schaffung eines Wechsels gewollt haben. Immerhin sind die Abweichungen nicht so erheblich, daß man die Umdeutung grundsätzlich verneinen müßte. Der wirtschaftliche Zweck des eigenen Wechsels wird auch durch die beiden genannten Rechtsgeschäfte in den wesentlichsten Punkten wenigstens erreicht [5]).

Soweit die Umdeutung eines gezogenen Wechsels in Frage steht, ist die Stellungnahme der Rechtsprechung und des Schrifttums jedoch keineswegs einheitlich.

Die Umdeutung der Unterschrift des Wechselausstellers ist nicht möglich, da sich diese Unterschrift als die eines Anweisungsausstellers darstellt. Als solche ist sie wirksam und kann deshalb nicht zugleich als Schuldversprechen oder Garantiezusage Wirkungen äußern; denn es ist nicht möglich, ein Rechtsgeschäft in zwei Rechtsgeschäfte derselben Person aufzulösen [6]). Zudem haftet der Aussteller nur als Regreßschuldner auf Grund der besonderen Vorschrift des Art. 8 WO, ohne daß ein daraufhinzielender Wille erforderlich wäre. Im Falle der Umdeutung der Ausstellerunterschrift haftet der Aussteller aber nicht mehr als Regreßschuldner, sondern er wird zum Hauptschuldner. Das wird aber regelmäßig nicht seinem irrealen Willen entsprechen.

Soweit die Umdeutung der Akzeptunterschrift in Frage steht, kommt eine Aufrechterhaltung als bürgerlichrechtliche oder kaufmännische Anweisung in Frage. Die Umdeutung in ein Schuldversprechen ist nicht möglich.

Denn betrachtet man nur die Akzeptunterschrift losgelöst von den übrigen Bestandteilen der urkundlichen Erklärung, so ergibt sich daraus nicht, daß der Annehmende ein Schuldversprechen abgegeben oder eine Verpflichtung übernommen hat. Daß der Annehmende überhaupt auf Grund seiner reinen Namensschrift haftet, beruht nur auf der gesetzlichen Vorschrift des Art. 21 WO. Diese Vorschrift gilt aber nur für den Fall, daß der Wechsel gültig ist, während die Frage, ob der Annehmende auch lediglich auf Grund seiner Namensschrift haftet, immer dann auftaucht, wenn der Wechsel unwirksam ist. Die Namensschrift des Annehmenden deckt auch keinerlei Erklärung, sodaß aus ihr allein eine Willenserklärung des Annehmenden nicht entnommen werden kann [7]).

---

3) RGZ 48/223 ff., 136/207, JW 1926/494, 1930/1376, 1930/3761, Staub-Stranz Art. 4 Anm. 70, Art. 96 Anm. 16, Michaelis Wechselrecht Art. 4 Anm. 2, Staub Einltg. zu § 363 HGB, RGRKomm. § 140 Anm. 1, 2, Staudinger § 140 Anm. 5, Planck § 140 Anm. 2.

4) z. B. hinsichtlich der Verjährung, der Notwendigkeit der Protestierung.

5) Finger S. 85.

6) Philipp JW 1927/2973, Finger S. 88.

7) RGZ 136/207, unrichtig OLG München in SeuffArch. 80 Nr. 22. Akzeptiert ein Nichtbezogener einen Wechsel, so kann das Akzept nicht als Anweisungsakzept aufrechterhalten werden, weil der Annehmende nicht angewiesen worden ist. Bernstein JW 1926/494, GruchBeitr. 69/45 will ihn aus § 780 BGB haften lassen.

Jedoch wird man die Frage, ob das Akzept auf dem unwirksamen Wechsel als Anweisungsakzept Wirkung äußern kann, bejahen müssen [8]. Insbesondere die Umdeutung in eine kaufmännische Anweisung (§ 363 HGB) wird dem irrealen Willen der Parteien entsprechen können, da Wechsel und kaufmännische Anweisung nicht nur denselben praktischen Erfolg, nämlich die Begründung einer abstrakten Zahlungspflicht des Annehmenden herbeiführen, sondern auch insoweit eine Ähnlichkeit aufweisen, als auch die kaufmännische Anweisung, wenn sie an Order lautet, indossiert werden kann.

Das RG hat jedoch in verschiedenen neueren Entscheidungen [9] die Umdeutung deshalb abgelehnt, weil es an dem irrealen, auf das Zweitgeschäft gerichteten Willen fehle. In der Tat wird in vielen Fällen die Umdeutung unwirksamer wechselrechtlicher Erklärungen daran scheitern müssen, daß gerade die Schaffung eines Wechsels unter den Parteien gewollt war. Man darf gerade bei der Umdeutung solcher wechselrechtlicher Erklärungen nicht zu sehr auf den rein wirtschaftlichen Erfolg abstellen. Mit der Schaffung eines Wechsels, wie er sich herausgebildet hat und im Verkehr bekannt ist, soll oft eine Verpflichtung eigener Art geschaffen werden. Der Verpflichtungswille, welcher durch die Schaffung des Wechsels unzweifelhaft zum Ausdruck gelangt ist, ist nicht immer so allgemeiner Art, daß ihm auch durch ein anderes formloses Rechtsgeschäft genügt werden kann. Hinzu kommt, daß man nahezu sämtliche Formgebote, welche in unserem geltenden Recht aus bestimmten rechtspolitischen Erwägungen heraus geschaffen sind, entbehrlich macht, wenn man aus dem unzweifelhaft vorliegenden Verpflichtungswillen einer oder auch der Parteien den Schluß zieht, daß ihnen jedes Mittel zur Erreichung des Erfolges recht gewesen sei. Klausing [10] weist mit Recht darauf hin, daß durch die Unterstellung, an Stelle eines Wechsels sei „auch eine inhaltlich wie in der Rechtsverfolgung unter wesentlich anderen Grundsätzen stehende formlose Verpflichtungserklärung bei Kenntnis der Sache übernommen worden, weder den Bedürfnissen des redlichen Geschäftsverkehrs noch auch der Rechtssicherheit irgendein Dienst erwiesen wird“.

Aus diesen Erwägungen heraus halte ich die Umdeutung eines unwirksamen gezogenen Wechsels nicht ohne weiteres für möglich [11]. Vielmehr wird bei der Umdeutung unwirksamer formal gebundener Geschäfte ganz allgemein zu prüfen sein, ob der Verpflichtungswille so allgemeiner Art war, daß ihm auch durch ein nichtformgebundenes Rechtsgeschäft hätte genügt werden können oder ob gerade das formal gebundene Rechtsgeschäft gewählt wurde, weil dadurch den Parteien oder einer der Parteien besondere Vorteile erwuchsen. Bei dieser Prüfung müssen die Interessen des Berechtigten und des Verpflichteten in gleicher Weise berücksichtigt werden.

---

8) Bernstein a.a.O., Staub Einltg. zu § 363, a.A. Düringer-Hachenburg Vorbem. v. § 363 Anm. 33.

9) z. B. HRR 1929 Nr. 2073, JW 1930/1376.

10) JW 1930/3761.

11) Klausing JW 1930/3761, Michaelis Wechselrecht Art. 4 Anm. 2, Staub-Stranz Art. 4 Anm. 70.

Für bedenklich halte ich es aber, wenn das RG [12]) die Umdeutung einer als Wechsel mißlungenen Erklärung in eine kaufmännische Anweisung mit der Begründung ablehnt, diese sei ein so ungebräuchliches Rechtsgeschäft, daß nicht anzunehmen sei, die Parteien hätten ein solches Rechtsgeschäft abgeschlossen. Wenn damit gesagt werden soll, die kaufmännische Anweisung sei wenig bekannt, so hindert das eine Umdeutung deshalb nicht, weil auch in ein wenig bekanntes Rechtsgeschäft umgedeutet werden kann. Ausgeschlossen ist vielmehr die Umdeutung nur dann, wenn Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, daß die Parteien ein ungebräuchliches Rechtsgeschäft, eben weil es in der Praxis kaum Anwendung findet, nicht abgeschlossen haben würden. Ob das RG in der genannten Entscheidung letzteres angenommen hat, ist zweifelhaft.

Schließlich hat das RG [13]) auch die Umdeutung eines auf einen nichtigen Wechsel gesetzten Indossamentes in eine bestärkende Schuldübernahme abgelehnt mit der zutreffenden Begründung, die Wirkung eines Wechselindossamentes sei von der einer Schuldübernahme wirtschaftlich wie rechtlich grundlegend verschieden.

Diese Entscheidung ist zu billigen. Denn die Unterschiede dieser beiden Geschäfte sind so erheblich [14]), daß man nicht unterstellen kann, „daß mit der Zeichnung eines Wechselindossamentes die unter Umständen weit schwereren Rechtsfolgen einer Schuldübernahme ohne weiteres mit in Kauf genommen worden seien" [15]). Auch hier muß wieder darauf hingewiesen werden, daß die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt werden müssen.

Befinden sich die Indossamente auf einer Urkunde, die in eine kaufmännische Anweisung oder einen kaufmännischen Verpflichtungsschein umgedeutet wird, so handelt es sich um wirksame handelsrechtliche Indossamente, deren Umdeutung sich erübrigt [16]). Wird der Wechsel hingegen als bürgerlichrechtliche Anweisung aufrechterhalten, so sind die auf dem Wechsel befindlichen Indossamente als Abtretungen anzusehen [17]).

B) Die Umdeutung scheckrechtlicher Erklärungen.

Auch zu der Frage, ob die Umdeutung einer als Scheck gedachten, aber als solcher nichtigen Urkunde möglich ist, hat die Rechtsprechung Stellung genommen.

Eine als Scheck gedachte und gewollte Urkunde kann aus verschiedenen Gründen nichtig sein. In der Regel wird die Nichtigkeit ihren Grund darin haben, daß eines der in § 1 des Scheck-Gesetzes vorgeschriebenen Erfordernisse fehlt oder in der Urkunde Zusätze enthalten sind, die ihre Eigen-

---

12) HRR 1929 Nr. 2073 = JW 1930/1376.

13) RGZ 130/82, DRZ 31 Nr. 3, JW 1930/3761 mit zutreffender Anmerkung von Klausing.

14) Während der Indossant nur bedingt haftet, tritt er bei der Schuldübernahme in die Rechtsstellung des Schuldners ein.

15) RGZ 130/82 ff.

16) Philipp JW 1927/2973, JW 1926/570.

17) Finger S. 88, Michaelis Wechselrecht Art. 10 Anm. 2 a.

schaft als Scheck vernichten. Auch kann die Nichtigkeit darauf beruhen, daß der Scheck nicht auf Sicht lautet (§ 7 Sch.G.).

In Frage kommt die Umdeutung der urkundlichen Erklärung in eine bürgerlichrechtliche (§ 783 BGB) oder kaufmännische Anweisung. Der Scheck ist zwar keine Anweisung i. S. der §§ 783 ff. BGB [1]), enthält aber als wesentlichsten Bestandteil eine Zahlungsanweisung [2]). Jedoch unterscheidet er sich von der Anweisung doch so wesentlich, daß diese „ein anderes Rechtsgeschäft" darstellt [3]).

Jedoch ist die Umdeutung in eine Anweisung dann nicht möglich, wenn ein nichtiger Inhaberscheck umgedeutet werden soll. Denn die bürgerlichrechtliche Anweisung des § 783 ff. BGB kann nicht auf den Inhaber gestellt werden, muß vielmehr auf den Namen eines bestimmten Anweisungsempfängers lauten. Das KG [4]) hat jedoch in einem solchen Falle den nichtigen Inhaberscheck in einen Zahlungsauftrag umgedeutet; es hat diese Umdeutung aus der Erwägung heraus für möglich gehalten, daß es den Parteien lediglich auf den wirtschaftlichen Erfolg, nämlich die Zahlung angekommen sei.

Die Umdeutung eines nichtigen Schecks in eine Anweisung ganz allgemein für zulässig zu halten, erscheint mir jedoch aus folgendem Grunde bedenklich. Die Fähigkeit der Anweisung, angenommen zu werden, bedeutet insofern für den Aussteller einen Nachteil, als diesem durch die Annahme die Möglichkeit eines Widerrufs nicht nur wie beim Scheck für die kurze Vorlegungsfrist [5]), sondern endgültig entzogen wird. Es wird häufig aber auch nicht dem Interesse des Nehmers der Urkunde entsprechen, wenn er statt eines Schecks eine Anweisung erhält, die eine Regreßpflicht des Ausstellers nicht begründet. Denn oft wollen die Parteien einen Wechsel oder Scheck doch gerade mit Rücksicht darauf schaffen, daß hier kraft besonderer Vorschrift eine Regreßpflicht des Ausstellers geschaffen wird. Es ist deshalb hier eine sehr sorgfältige Prüfung der Frage, ob die Parteien oder auch nur eine Partei sich mit der Hingabe einer Anweisung an Stelle eines Schecks zufrieden gegeben hätten, am Platze [6]). Grundsätzlich wird man jedoch die Möglichkeit der Umdeutung bejahen müssen [7]).

Besondere Beachtung erfordert die Umdeutung eines entgegen § 10 Sch.G. auf einen Scheck gesetzten Annahmevermerkes. Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, daß dem Annahmevermerk jede rechtliche Wirk-

---

1) RGZ 92/51.

2) Düringer-Hachenburg, Vorbem. v. § 363 HGB Anm. 33.

3) Staub, Einltg. zu § 363 HGB, Finger S. 91, RGZ 112/140, JW 1926/570. Die Abweichungen zeigen sich insbesondere in den form- und fristgebundenen Vorschriften über den Scheck wie z. B. die kurze Vorlegungsfrist und das Verbot der Annahme.

4) OLG 45/245.

5) Wenn der Scheck innerhalb der Vorlegungsfrist widerrufen wird, so beachten die Banken doch regelmäßig den Widerruf; sie sind nur nicht dazu verpflichtet und daher zur Belastung des Betrages für den Scheckaussteller berechtigt, wenn der Widerruf nicht beachtet worden ist.

6) Finger S. 91.

7) Michaelis SchG § 1 Anm. 38 hält eine Umdeutung in der Regel für nicht statthaft, während Staub, Einltg. zu § 363 HGB und Finger a.a.O. die Umdeutung regelmäßig bejahen. a.A. RG in JW 1926/570.

samkeit entzogen ist. Das OLG Hamburg[8]) hat jedoch einen solchen Annahmevermerk als Schuldversprechen aufrechterhalten.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte Vieh verkauft und übergeben. Der Käufer hatte ihm fünf Schecks ausgehändigt, die auf die Beklagte gestellt waren. Diese hatte auf die Rückseite der Schecks folgende Erklärung gesetzt: „Wir verpflichten uns, diesen Scheck innerhalb 14 Tagen einzulösen".

Das OLG Hamburg verneint mit Recht eine scheckrechtliche Haftung der Beklagten aus dem Annahmevermerk, welcher nach § 10 Sch.G. als nicht geschrieben gilt, bejaht aber eine Haftung aus dem Gesichtspunkte des Schuldversprechens. Es führt u. a. aus: die einseitige Erklärung der Beklagten sei für sich allein betrachtet ohne rechtliche Bedeutung; insbesondere könne die Erklärung, dem Aussteller oder Überbringer leisten zu wollen, nicht als Schaffung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793 ff. BGB) gewertet werden, weil einer solchen Annahme das Erfordernis der staatlichen Genehmigung (§ 795 Abs. 3 S. 1 BGB) entgegenstehe[9]). Es bestehe aber kein Bedenken, ein dem Aussteller gegenüber abgegebenes Schuldversprechen zugunsten des jeweiligen Überbringers anzunehmen. Die Beklagte habe außerdem als Bankinstitut den § 10 Sch.G. gekannt, sodaß aus dem Umstande, daß sie trotzdem den oben genannten Vermerk auf den Scheck gesetzt habe, entnommen werden müsse, daß sie durch ihre Erklärung unabhängig von ihrer scheckrechtlichen Verpflichtung eine zivilrechtliche Verpflichtung habe übernehmen wollen.

Diese Entscheidung halte ich für bedenklich, da die Annahme des erkennenden Gerichts mit dem gewollten Sinn und Zweck des Schecks in Widerspruch steht. Der Scheck soll nur Zahlungsmittel, nicht aber Kreditmittel sein. Das kann er aber nur sein, wenn sein Umlauf beschleunigt und er der Einlösungsstelle möglichst schnell zugeführt wird. Der Bezogene soll nur Zahlungsorgan sein; es ist mit dem Charakter des Schecks nicht verträglich, wenn man den Bezogenen durch die Annahme zum selbständigen Schuldner werden läßt. Will man verhindern, daß der Scheck seiner Bestimmung entgegen als Kreditmittel Verwendung findet, so muß man jede auf den Scheck gesetzte Erklärung des Bezogenen, durch welche dieser sich in irgend einer Form zur Einlösung verpflichtet, als ungültige Annahmeerklärung auffassen, die jeder rechtlichen Wirksamkeit entbehrt[10]).

Hat schon ein von dem Bezogenen auf den Scheck gesetzter Annahmevermerk keine Wirkung, so gilt dies in gleicher Weise auch von dem Akzept eines Nichtbezogenen.

Denkbar ist jedoch, daß neben der scheckrechtlichen eine von dieser losgelöste Erklärung nebenhergeht, in welcher der Bezogene einer bestimmten Person gegenüber die Verpflichtung übernimmt, den Scheck einzulösen. Eine solche vertragliche Abmachung berührt die Wirksamkeit des Schecks in keiner Weise[11]). Jedoch liegt in der oben besprochenen Entscheidung OLG 45/82 in der von der Bezogenen auf den Scheck gesetzten Annahmeerklärung eine solche von der scheckrechtlichen losgelöste Verpflichtung nicht.

---

8) OLG 45/82.
9) so auch Klausing S. 66.
10) RGZ 105/361 ff. Bernstein GruchBeitr. 69/44.

§ 10. Der irreale, auf das Zweitgeschäft gerichtete Wille und dessen Voraussetzungen.

A) Allgemeines.

Sind die objektiven Erfordernisse für eine Umdeutung gegeben, d. h. entspricht das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen gültigen Rechtsgeschäfts, so kann die Umdeutung trotzdem erst dann vorgenommen werden, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des geschlossenen Geschäfts die Geltung des Zweitgeschäfts gewollt haben würden. Das ist jedoch nur so zu verstehen, daß das Zweitgeschäft nur deshalb Geltung erlangt, weil es das Gesetz bestimmt, nicht aber wirksam wird, weil es gewollt ist. Der Ausdruck „gilt" in § 140 BGB enthält ein unbedingtes Gebot [1]). Deshalb muß die Umdeutung auch dann stattfinden, wenn eine [2]) oder auch beide Parteien die Umdeutung jetzt nicht mehr wollen.

Bei § 140 BGB handelt es sich nicht um die Auslegung eines wirklich vorhandenen Parteiwillens, sondern um die Ermittlung eines irrealen [3]) Willens. Diesen Willen im Einzelfalle festzustellen ist nicht immer einfach, weil hier ein Wille erforscht werden muß, dessen Vorhandensein im Zeitpunkte der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts nur selten nachzuweisen sein wird, da die Parteien damals jedenfalls an die Nichtigkeit nicht gedacht haben.

Maßgebend für die Umdeutung ist immer der irreale Wille zur Zeit der Vornahme des nichtigen Geschäfts. Es muß ermittelt werden, was die Parteien in diesem Zeitpunkte gewollt hätten, selbst wenn sie an ein anderes Rechtsgeschäft nicht gedacht haben. Unsere Rechtsordnung stellt damit solche Bestimmungen, welche die Parteien zwar nicht getroffen haben, die sie aber bei besserer Unterrichtung getroffen haben würden, den tatsächlich getroffenen Bestimmungen gleich [4]).

Unbeachtlich ist dagegen alles das, was die Parteien wollen, nachdem ihnen die Unwirksamkeit des Geschäfts bekannt geworden ist sowie das, was sich zeitlich nach dem Abschlusse des nichtigen Geschäfts ereignet hat [5]). Immerhin kann das spätere Verhalten und Wollen der Parteien ein Indiz für die frühere Willensrichtung sein. Jedoch kann keinesfalls eine Vermutung dahin aufgestellt werden, daß die Parteien die Umdeutung auch früher gewollt hätten weil sie diese jetzt wollen [6]).

Die Umdeutung ist grundsätzlich immer dann ausgeschlossen, wenn die Parteien gerade ein bestimmtes Rechtsgeschäft vornehmen wollen und es ihnen weniger auf den wirtschaftlichen Erfolg als solchen als vielmehr auf das rechtliche Mittel zu seiner Verwirklichung ankommt. In Recht-

---

11) RGZ 105/145.

1) RGRKomm. § 140 Anm. 1.

2) RGRKomm. § 140.

3) so Schulz S. 73; Fischer S. 18 nennt den Willen unrichtig „rekonstruiert".

4) Cosack I S. 239.

5) JW 1927/1531, LZ 1929/575.

6) so insbes. LG I Berlin in JW 1927/1531.

sprechung und Schrifttum [7]) wird allgemein die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung für zulässig erachtet. Jedoch ist m. E. hier Vorsicht geboten, da die Fälle nicht selten sind, daß die ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erklärten Kündigungen nicht so sehr den Zweck haben, das Vertragsverhältnis auf jeden Fall zum Erlöschen zu bringen; vielmehr soll oft durch eine fristlose Kündigung nur ein Druck ausgeübt werden, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Deshalb darf man aus der Tatsache einer fristlosen Kündigung nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß unbedingt auch eine Kündigung zum nächsten ordentlichen Kündigungstermine gewollt ist. Das muß vielmehr im Einzelfalle genau geprüft werden. Insoweit muß man auch die Ansicht des RG [8]), „daß wenigstens für die Regel in der Erklärung einer sofortigen Kündigung eine ordentliche Kündigung zu erblicken sei", einschränken.

Beachtenswert ist auch die Entscheidung HRR 1927 Nr. 1403, in welcher das RG die Umdeutung eines nichtigen Erbvertrages in einen Vertrag über den Nachlaß eines Dritten i. S. des § 312 II BGB dann nicht zulassen will, wenn die Parteien entscheidendes Gewicht darauf gelegt haben, die Möglichkeit der Abänderung der Erbfolge auszuschließen [9]). Auch wenn neben einem Wechsel oder Scheck noch ein Schuldschein ausgestellt ist, wird man annehmen müssen, daß gerade die Schaffung eines Wechsels oder Schecks beabsichtigt war, sodaß die Umdeutung des Wechsels oder Schecks ausgeschlossen ist [10]).

Auch die Entscheidung des Bay. Obersten LG in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendg. 70/531 muß hier noch genannt werden.

Der Erblasser K. hatte in einem wegen fehlenden Datums nichtigen Dorftestamente zwei näher bezeichneten Personen Beträge zugewendet, welche er ihnen früher als Darlehen gegeben hatte. Die Umdeutung des nichtigen Testamentes in einen behaupteten Schulderlaß wurde neben anderen Gründen deshalb abgelehnt, weil nach Ansicht des erkennenden Gerichtes der K. den Bedachten lediglich testamentarisch etwas hatte zuwenden wollen. Der Erblasser habe zu seinen Lebzeiten keinen Anlaß gehabt, seine Rechte aus seiner Darlehensforderung gänzlich aufzugeben. Daraus, daß der Erblasser nicht den einfachen Weg des Schulderlasses gewählt, vielmehr seine Darlehnsschuldner den Miterben gleichgestellt und letztwillig bedacht habe, folge, daß er lediglich eine Anordnung von Todes wegen gewollt habe [11]).

Eine Umdeutung kann auch dann nicht stattfinden, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit einen neuen Vertrag geschlossen hätten [12]).

---

7) SeuffArch. 72 Nr. 286, RGZ 105/132, Staudinger § 564 II 2 c, § 626 IV 5, Planck § 626 Anm. 4, RGRKomm. § 626 Anm. 1, § 723 Anm. 2.

8) RGZ 105/133, 122/39.

9) Das konnte nur durch einen Erbvertrag, nicht aber durch einen Vertrag nach § 312 II BGB erreicht werden.

10) Recht 1911 Nr. 1507.

11) Eine Schenkung von Todes wegen lag mangels der in § 2301 S. 1 BGB vorgeschriebenen Form nicht vor.

12) Warneyer 1928 Nr. 8.

Schließlich wird man auch dann mit der Vornahme der Umdeutung vorsichtig sein müssen, wenn es sich bei dem Zweitgeschäft um ein solches Rechtsinstitut handelt, das wenig bekannt ist und auch in der Praxis keine oder nur seltene Anwendung findet. So hat, wie schon erwähnt, das RG [13]) die Umdeutung eines nichtigen Wechsels in eine kaufmännische Anweisung deshalb abgelehnt, weil nicht anzunehmen sei, daß die Parteien an ein so ungebräuchliches Rechtsgeschäft gedacht und es abgeschlossen hätten. Das kann der Umdeutung entgegenstehen, wenn angenommen werden kann, daß die Parteien ein ungebräuchliches Rechtsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen haben würden. Unrichtig ist es aber, die Umdeutung deshalb abzulehnen, weil die Parteien das Rechtsgeschäft nicht gekannt haben. Das kann die Umdeutung deshalb nicht hindern, weil gerade den unkundigen Parteien geholfen werden soll. Vielmehr muß bei der Erforschung des irrealen Willens immer davon ausgegangen werden, als ob den Parteien alle rechtlichen Mittel zur Herbeiführung des gewollten praktischen Erfolges bekannt waren [14]).

B) Die Voraussetzungen für die Annahme des irrealen Willens.

In einem Teil des Schrifttums [1]) werden zwecks Erforschung des irrealen Willens bestimmte Fragen formuliert, die dahinzielen, festzustellen, ob der erstrebte wirtschaftliche Erfolg auch durch ein anderes Rechtsgeschäft verwirklicht werden kann. Bei der Mannigfaltigkeit der bei der Erforschung des irrealen Willens zu berücksichtigenden Umstände halte ich eine feste Formulierung der Fragen, die zur Erkenntnis des irrealen Willens führen sollen, für wenig wertvoll. Das einzig sichere, allerdings negative Kennzeichen des irrealen Willens ist das, daß das Zweitgeschäft keinesfalls einen Erfolg herbeiführen darf, der in anderer Richtung als der Erfolg des nichtigen Geschäftes liegt. Auch Bichmann [2]) kommt zu diesem Ergebnis, wenn er sagt, „das zweite gültige Geschäft dürfe nicht aus der Richtung des Erfolgswillens der Parteien herausfallen".

Hat man den wirtschaftlichen Erfolg eines Rechtsgeschäftes, so wie er beabsichtigt war, festgestellt, ergibt sich ferner, daß diesem der Erfolg des Zweitgeschäftes im wesentlichen gleich oder ähnlich ist, so kann man im allgemeinen vermuten, daß die Parteien auch dieses Rechtsgeschäft geschlossen haben würden [3]). Dazu führt vor allem die Erwägung, daß es den Parteien gewöhnlich in erster Linie auf den Erfolg, aber erst in zweiter Linie auf das rechtliche Mittel zu seiner Erreichung ankommt.

Als Grundlage für die Erforschung des irrealen Willens werden vor allem diejenigen Erwägungen zu gelten haben, welche die Parteien beim

---

13) JW 1930/1376.
14) Stillschweig JW 1929/70 sagt: „was die Parteien als Musterparteien gewollt hätten".
1) Fischer S. 18/19, Bichmann S. 19, Finger S. 74.
2) S. 19.
3) Recht 1911 Nr. 1267. Reichel Arch. f. z. Pr. 104/1 ff. spricht von einem „gleichstrebigen" Ersatzgeschäft.

Geschäftsabschlusse hinsichtlich des unwirksamen Geschäftes geleitet haben[4]).

Die Rechtsprechung hat jedoch das Erfordernis, daß derselbe oder ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg durch das Zweitgeschäft erreicht werde, dadurch eingeschränkt, daß man annahm, es entspreche auch dem irrealen Willen der Parteien, wenn der erstrebte Erfolg auch nur teilweise erreicht werde[5]). An sich steht die Erreichung einer geringeren Wirkung der Umdeutung grundsätzlich zwar nicht entgegen. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur insoweit, als das Zweitgeschäft dann überhaupt noch dem irrealen Willen der Parteien entspricht.

Bei der Umdeutung einseitiger Rechtsgeschäfte kann man zwar im allgemeinen annehmen, daß der Erklärende sich mit einem „Weniger" zufrieden gegeben hätte[6]). Das jedoch auch nur dann, wenn nicht Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen vorliegen. Hingegen muß bei mehrseitigen Rechtsgeschäften immer nach dem irrealen Willen aller Beteiligten geforscht werden; gerade hier wird sich oft ergeben, daß es an der erforderlichen Willensübereinstimmung gefehlt hätte. Manigk[7]) bringt das treffende Beispiel der Umdeutung eines formlosen, daher nichtigen Bürgschaftsversprechens in einen Kreditauftrag. „Wenn auch der Bürge gegebenenfalls einen Kreditauftrag erteilt hätte, so entspräche dies nicht den Intentionen des Gläubigers".

Man kann aber auch bei der Erforschung des irrealen Willens feststellen, daß selbst die Parteien keine klare Vorstellung davon haben, welchen wirtschaftlichen Erfolg sie herbeiführen wollen. In der Entscheidung JW 1929/70 hatte ein Grundstückseigentümer in einer privatschriftlichen Urkunde sein Grundstück „für Schulden (eines Dritten) als Faustpfand" überlassen. Es sollte hier offenbar eine Sicherheit bestellt werden, über deren rechtliche Vollziehung sich die Parteien allerdings nicht klar waren. In Frage kam die Bestellung eines Grundpfandes oder eine Sicherungsübereignung. Das RG hat das nichtige Geschäft in die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek umgedeutet. Diese Verpflichtung wäre vermutlich von den Parteien vereinbart worden, wenn sie darüber belehrt worden wären, daß auf diese Weise eine Sicherheit begründet werden konnte. Jedoch bedürfte es auch hier einer Feststellung der Willensübereinstimmung dahin, daß sich der Gläubiger mit dieser Verpflichtung zufrieden gegeben und nicht eine sofortige dingliche Sicherheit verlangt hätte. Nur mit dieser Einschränkung kann ich der Entscheidung beipflichten.

In RGZ 66/25 ff. hat das RG ein Pfandrecht in ein Zurückbehaltungsrecht umgedeutet aus der Erwägung heraus, daß es den Parteien auf den wirtschaftlichen Zweck der Beschaffung einer Sicherheit angekommen sei, der, wenn auch in geringerem Maße durch die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechtes erreicht werden konnte.

Auch in der bereits genannten Entscheidung RGZ 110/391, in welcher eine nichtige Eigentumsübertragung eines als Mitgift gegebenen Grundstückes in die Bestellung eines lebenslänglichen Nießbrauches um-

4) Manigk, Archiv S. 529 ff.
5) RGZ 110/391, Staudinger § 140 Anm. 2, Warneyer I § 140 I.
6) JW 1927/1531 Fischer S. 16.
7) Archiv S. 529 ff.

gedeutet worden ist, äußert das Zweitgeschäft geringere Wirkungen als das nichtige Geschäft. Dieser Entscheidung muß man jedoch deshalb zustimmen, weil diese Umdeutung dem irrealen Willen der Parteien entspricht. Zwar wären die Erwerber bei der beabsichtigten Eigentumsübertragung in der Verfügungsfreiheit über das Grundstück in keiner Weise beschränkt gewesen, während sie als Nießbraucher rechtlich wie vor allem auch wirtschaftlich gebunden sind. Das steht der Umdeutung aber deshalb nicht entgegen, weil hier angenommen werden kann, daß die Grundstückerwerber sich mit der Verpflichtung zur Bestellung eines lebenslänglichen Nießbrauches zufrieden gegeben hätten. Denn nach den Feststellungen sollte das Grundstück als Mitgift gegeben werden. Der Zweck des Geschäftes war also der, die Beklagten in den Genuß des Grundstückes zu setzen. Konnten sie nicht Eigentümer werden, so hatten sie doch zum mindesten die Zusage der Bestellung eines Nießbrauches im Auge. In diesem Falle steht daher der Umstand, daß der erstrebte Erfolg nur teilweise erreicht wurde, der Umdeutung nicht entgegen.

Oberneck [8]) will in § 140 BGB das Mittel sehen, um die oft verhängnisvollen Wirkungen der Formvorschrift des § 313 BGB zu mildern oder zu beseitigen. Ich halte diese Auffassung für gefährlich, weil man sich so über jede zwingende Formvorschrift hinwegsetzen kann. Die Vorschrift des § 140 BGB soll aber nicht dazu dienen, Formvorschriften, die aus bestimmten rechtspolitischen Erwägungen heraus geschaffen sind, zu umgehen und auf diese Weise einen Erfolg herbeizuführen, der sonst nur unter Beachtung der Formvorschrift hätte erreicht werden können [5]); vielmehr soll § 140 BGB die Handhabe bieten, gesetzesunkundigen und juristisch unerfahrenen Parteien zu helfen, ein unwirksames Rechtsgeschäft ganz oder wenigstens teilweise zu retten.

Jedenfalls läßt die höchstrichterliche Rechtsprechung der neueren Zeit, insbesondere die des Reichsgerichts eine solche Richtung erkennen.

8) Anm. zu JW 1927/2127.
9) so im Ergebnis auch Klausing in JW 1930/3761.

Lebenslauf.

Am 24. Dezember 1904 wurde ich als Sohn des am 10. Juni 1932 verstorbenen Lehrers August Schönwetter in Traben-Trarbach geboren, besuchte dort die Volksschule und das Gymnasium und legte am 4. März 1924 die Reifeprüfung ab. Nach einem zunächst volkswirtschaftlichen, dann rechtswissenschaftlichen Studium an den Universitäten Freiburg i. B., Frankfurt und Marburg legte ich am 28. Juni 1930 vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 10. Juni 1933 bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung.